الذخيرة

لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي

ت 684 هـ - 1285 م

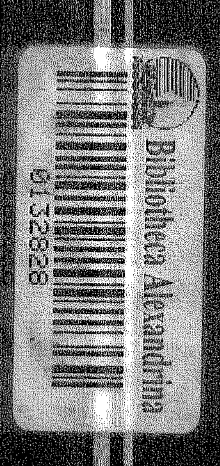
الجزء الرابع

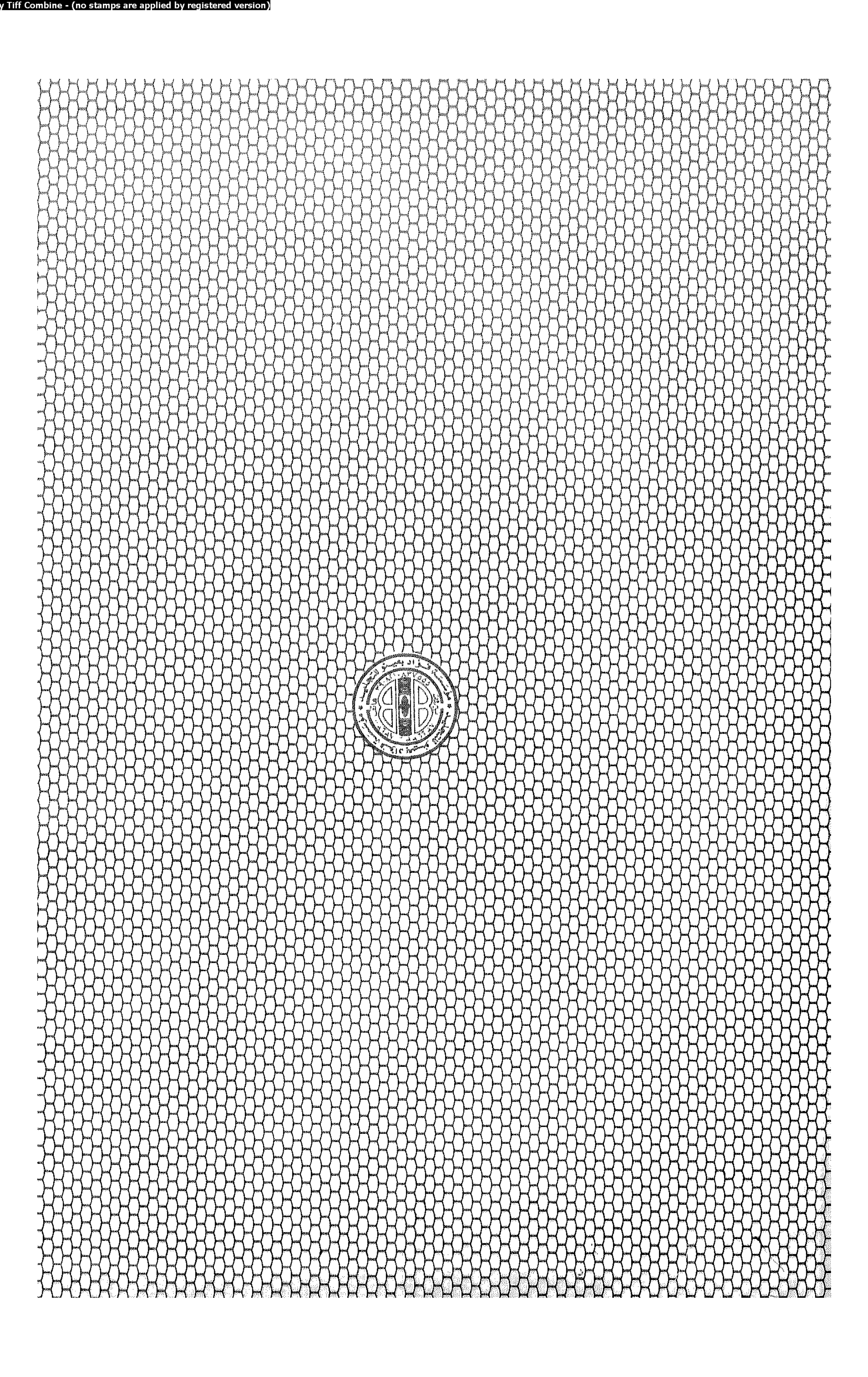
تحقيق

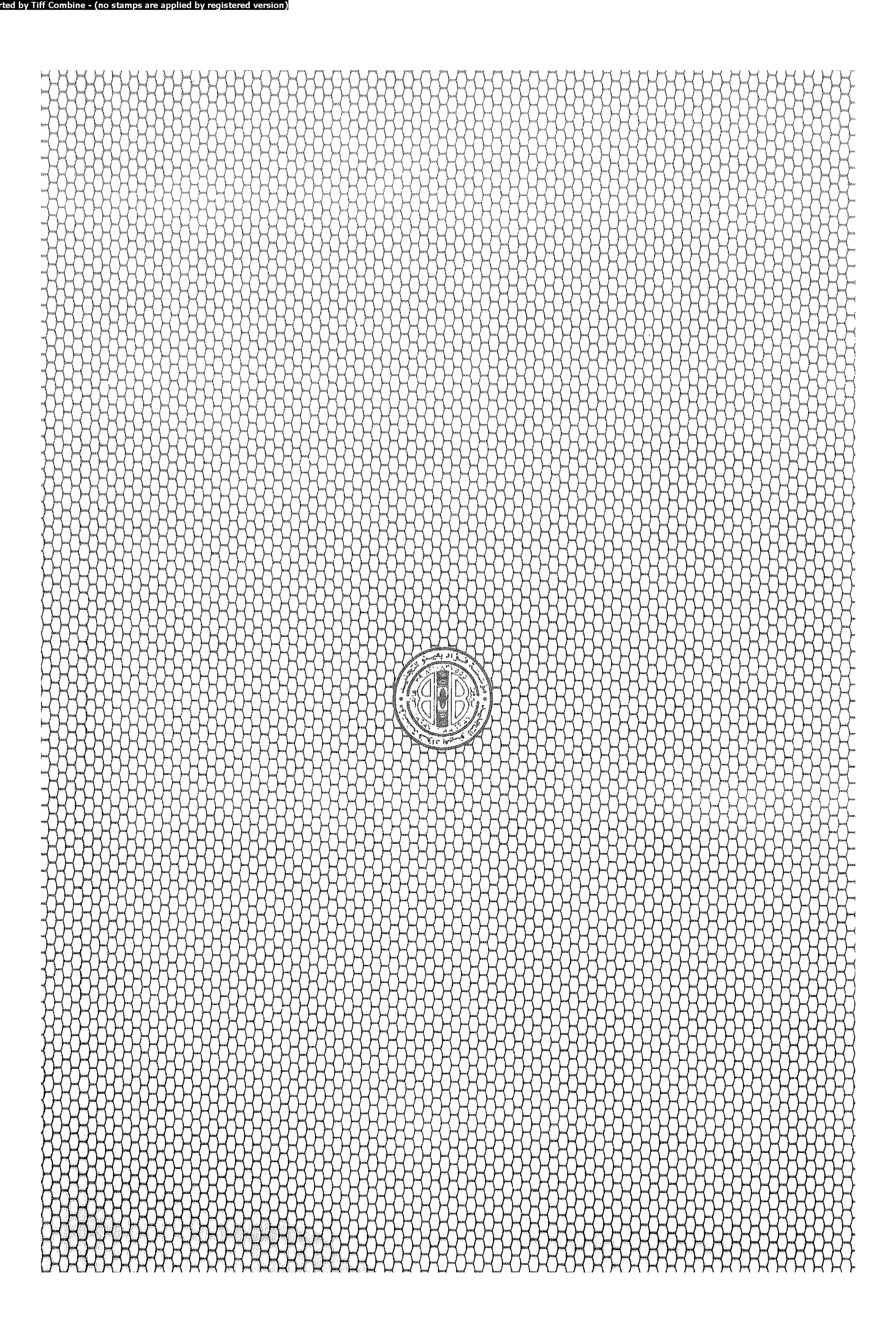
الأستاذ محمد بوخبزة



دار الغرب الإسلامي





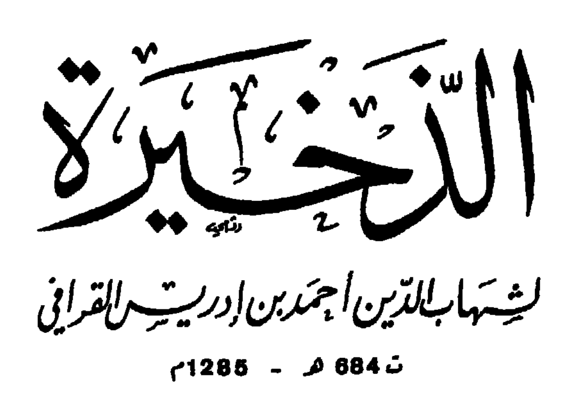




الذخيرة

4





الذخيرة

لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي

ت 684 هـ - 1285م

الجزء الرابع

تحقيق

الأستاذ محمد بوخبزة



دار الغرب الإسلامي

الطبعة الأولى

1994

دار الغرب الإسلامي
ص . ب . 5787-113 بيروت

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الأيمان

واليمين في اللغة مأخوذة من اليمين الذي هو العضو، لأنهم كانوا اذا حلفوا وضع أحدهم يمينه في يمين صاحبه، فسمي الحلف يمينا لذلك، وقيل: اليمين: القوة، وسمي العضو يمينا لوفور قوته على اليسار، ومنه قوله تعالى: ﴿لأخذنا منه باليمين﴾ (الحاقة: 45) أي بالقوة، ولما كان الحلف يقوي الخبر عن الوجود أو العدم سمي يمينا، فعلى هذا التفسير يكون التزام الطلاق او العتاق وغيرهما على تقدير المخالفة يمينا بخلاف التفسير الأول، وفي (الجواهر): قال القاضي ابو بكر: هو ربط العقد بالإمتناع او الترك، أو بالإقدام على فعل بمعنى معظم حقيقة او اعتقاداً، ويرد عليه أسئلة أحدها: أن جميع ما ذكره يتصور بغير لفظ، والعرب لا تسمي الساكت حالفا، وثانيها: ان اليمين قد تكون على خلاف المعتقد كم في الغموس، وثالثها: ان اليمين قد تكون على فعل الغير أو تركه، فلا يكون بيها إقدام ولا إحجام، والحق أن يقال: هو جملة خبرية وضعا، انشائية معنى، متعلقة بمعنى معظم عند المتكلم، مؤكدة بجملة اخرى من غير جنسها، فقولنا: خبرية، لأن ذلك صيغتها، وقولنا: انشائية، لأنها لا تحمل التصديق والتكذيب، فهي نحو: بعت، واشتريت، وانت حر، وانت طالق، وقولنا: من غير جنسها: احترازا من تكرير[1] القسم من غير ذكر المحلوف عليه، فإنه لا يسمى حالفا إلا اذا ذكر المحلوف عليه، وبقية القيود ظاهرة، وقد خصص الشرع هذا المعنى في بعض موارده، وهو أن يكون المعظم ذات الله او صفاته العلى، كما صنع في الصلاة والصوم وغيرهما، وفي الكتاب: ستة ابواب.

---

1) في (ي): تكرر.

البَابُ الأَوَّل
في حكمه

وفي (المقدمات) : هُو مُباح في[1] الحلف بالله تعالى وبأسمائه الحسنى وصفاته العلى ، ومحرم ، وهو الحلف باللاّة والعزى وما يعبد من دون الله تعالى ،لأن الحلف تعظيم ، وتعظيم هذه الأشياء كفر ، ومكروه وهو الحَلف بما عدا ذلك،وقاله (ش): لما في مسلم قال[2] عليه السلام (إنَّ اللّهَ تَعالَى يَنهاكُم أن تَحلِفوا بِآبائِكم ، فَمن كَانَ حَالِفاً فليحلِف بالله أو ليصْمُت) وهو ينقسم الى ما يلزم ، كالعتاق والطلاق، والى ما لا يلزم ، كالتزام شرب الخمر ونحوه ، والحَلف بالرسول عليه السلام ، أو الكعبة ، أو المشي الى السوق، قال اللخمي : الحلف بالمخلوقات كالنبي عليه السلام والكعبة ممنوع، فمن فعل فليستغفر الله تعالى. واختلف في جواز الحلف بصفات الله تعالى كالقدرة، فالمشهور: الجواز ولزوم الكفارة ، وقاله الأئمة ، وروي عن مالك : الكراهة في : لَعَمْرُ الله وأمانة الله . وان الحلف بالقرآن والمصحف ليس بيمين، ولا كفارة فيه ، وفي (الجواهر): لا يجوز الحلف بصفاته الفعلية ،كالرزق والخلق ، ولا تجب الكفارة ، وهو موافق للخمي دون (المقدمات) ،ويدل على جواز الحلف بالصفات القديمة : مَا في البخاري[3](ان ايوب عليه السلام قال: بلَى وعزتك، ولكن لا غنى لي عن بركتك).

---

1) في (ي): وهو.
2) مالك في (الموطأ) في الأيمان، باب جامع الأيمان، والبخاري في الأيمان، باب لا تحلفوا بابائكم عن ابن عمر. ومسلم في الأيمان، باب النهي عن الحلف بغيرالله، عن عمر بن الخطاب.
3) رواه البخاري في الغسل، باب من اغتسل عريانا وحده في الخلوة، وفي الأنبياء، باب قول الله تعالى: (وايوب اذ نادى ربه الخ) ورواه النسائي، عن ابي هريرة.

سؤال، قال[1] عليه السلام في حديث الأعرابي السّائل عما يجب عليه: (أفلَح وَأبيه إنْ صَدَق) فقد حلف عليه السلام بمخلوق، وجوابه: إما منع الصحة في هذه اللفظة فانها ليست في(الموطأ)، أو بأنه منسوخ بالحديث المتقدم، ذكره صاحب (الاستذكار)، وإما بأن هذا خرج مخرج توطئة الكلام لا الحلف،نحو قولهم: قاتله الله، مَا اكرمه، وقوله[2] عليه السلام لعائشة: (تَرِبَت يَدَاك، ومِن أين يَكونُ الشّبه) خرج عن الدعاء الى توطئةِ الكلام.

(قاعدة). توحيد الله تعالى بالتعظيم ثلاثة اقسام: واجب اجماعا،كتوحيده بالعبادة والخلق والإرزاق، فيجب على كل أحد ان لا يُشرِك معه تعالى غيره في ذلك، وما ليس بواجب اجماعا، كتوحيده بالوجود والعلم ونحوهما، فيجوز أن يوصف غيره بذلك اجماعا، ومختلف فيه، كالحلف بالله تعالى، فإنه تعظيم له، واختلف العلماء: هل يجوز أن يشرك معه غيره فيه أم لا؟ واذا قلنا بالمنع: فهل يمتنع أن يقسم على الله تعالى ببعض مخلوقاته؟ فإن القسم بها تعظيم لها، نحو قولنا: بحق محمد اغفر لنا، ونحوه، وقد حصل فيه توقف عند بعض العلماء، ورجح عنده التسوية، ولا يشكل على القول بالمنع حلفه تعالى بالتين، والزيتون، والسماء، والشمس، وغير ذلك، لأن من العلماء من قال: تقديره: أقسم بها لينبه عباده على عظمتها عنده فيعظمونها، ولا يلزم من الحجر علينا الحجر عليه،بل هو المالك على الإطلاق يفعل ما يشاء ويحكم ما يُريد.

---

1) رواه مسلم في كتاب الإيمان، باب بيان الصلوات التي هي احد اركان الاسلام، عن طلحة ابن عبيد الله. وقول المؤلف: يمنع صحة الحديث لأنه ليس في (الموطأ) في منتهى الغرابة.

2) الرواية: يمينك، والحديث رواه مالك في (الموطأ) عن عروة بن الزبير في الطهارة، وابو داود في الطهارة، ونحوه في مسلم في الحيض، ورواه احمد في (المسند) عن ام سليم، والنسائي في الطهارة، والدرامي في الوضوء. وهو صحيح.

الباب الثاني
في الموجب للكفارة

وفيه فصلان: **الفصل الأول : في الصريح والكناية**. أما الصريح الذي يوجب الكفارة بنطقه من غير احتياج الى نية: ففي (الكتاب): الحلف بجميع أسماء الله تعالى وصفاته يوجب الكفارة، نحو: العزيز اللطيف، أو عزة الله وأمانته، ولعمر الله، وعلي عهد الله أو ذمته، أو كفالته، أو ميثاقه، وقاله (ح) وابن حنبل، وقال (ش): العهد والكفالة والميثاق، وقولنا: وحق الله، والرحمن، الرحيم، والعليم، والجبار، كنايات، لترددها بين القديم والمحدث، إن نوى القديم وجبت الكفارة والا فلا،

قال اللخمي: العهد أربعة، تلزم الكفارة في وجه، وتسقط في اثنين، ويُختلف في الرابع، فالأول: علي عهد الله، والإثنان: لك علي عهد الله، وأعطيك عهد الله، والرابع: أُعاهد الله، اعتبره ابن حبيب، وأسقطه ابن شعبان، قال: وهو أحسن، وقال ابن عبد الحكم: لاَها الله، يمين، نحو بالله، وفي (البيان): اذا قال: يعلم[1] الله لا فعلت، استحب له مالك الكفارة احتياطا، تنزيلاً له منزلة أيم الله تعالى، وقال سحنون: إن اراد الحلف وجبت الكفارة، والا فلا، لأن حروف القسم قد تحذف، واذا حلف بالقرآن: فرواية ابن القاسم: الكفارة حملا له على القديم. وقاله (ش) وابن حنبل، وروي عن مالك: عدم الكفارة حملا له على الحروف، لأنه المتبادر في العرف الى الذهن والفهم، وفي (الجواهر): أيم الله يمين، وفي (الكتاب): وعزة الله : لمالك في ايجابه الكفارة : روايتان.

---

1) في (ي): علم.

(فوائد). امانة الله تعالى تكليفه، لقوله تعالى: ﴿إِنَّا عَرَضْنَا الأَمَانَةَ عَلَى السَّمَوَاتِ وَالأَرْضِ﴾ (الأحزاب: 72) الآية، الى قوله: ﴿وَحَمَلَهَا الإِنْسَانُ﴾ وتكليفه: كلامه القديم فهي صفته تعالى، وعمر الله تعالى: بقاؤه وهو استمرار وجوده مع الأزمان، ووجوده: ذاته، وعهد الله تعالى: الزامه، لقوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِعَهْدِي﴾ البقرة: 40) اي تكليفي، فهو صفة ذاته تعالى، وذمته: إِلْزامُه[1]، فيرجع الى خبره، وخبره: كلامه،(وكذلك كفالته، والميثاق هو العهد المؤكد بالحلف فيرجع الى كلامه تعالى)[2] وأيمن الله تعالى: قال سيبويه: هو من اليُمن والبركة، ولذلك قال (ش): هو كناية لتردده بين المحدث من تنمية الأخلاق والأرزاق، وبين القديم الذي هو جلال الله وعظمته تعالى، ومنه قوله تبارك وتعالى: ﴿تَبَارَكَ الذِي بِيَدِهِ المُلْكُ﴾ (الملك: 1) اي عظم شأنه، وكبر علاؤه، وقال الفراء: هو جمع يمين، فيكون الكلام فيه كالكلام في أيمان المسلمين من جهة أنه[3] هو صريح او كناية، ويقال: أيمن الله وأيم الله، ومن الله، وُم الله.

فرع: في (الجواهر): إذا قال: الأَيمان تلزمني: قال الاستاذ ابو بكر: ليس لمالك ولا لأصحابه فيها نص، وانما تكلم فيها المتأخرون فأجمعوا على لزوم الطلاق في جميع النساء، والعتاق في جميع العبيد، فإن لم يكن له عبيد: فعليه عتق رقبة، والمشي الى مكة في الحج، والتصدق بجميع أمواله، وصيام شهرين متتابعين، وقال أبو بكر بن عبد الرحمان واكثر الأندلسيين: يلزمه الطلاق الثلاث، وقال ابو عمران والعراقيون[4]: واحدة، واختارالأستاذ: أن لا تلزمه الا ثلاث كفارات، حملا لليمين على اليمين بالله تعالى الذي هو المشروع، قال: إلا أن ينوي غير ذلك، أو يكون عرفا، وحملا للصيغة على أقل الجمع، قال: ولا فرق بين: الأيمان تلزمني، أو لازمة لي، أو جميع الأيمان، أو الأَيمان كلها تلزمني، وقال ابو الطاهر: لم يختلف المذهب أن جميع الأيمان تلزمه عند عدم النية، ويلزمه التصدق بثلث ماله، وكفارة يمين، ومن

---

1) في (د): التزامه.
2) زيادة من (د).
3) في (ي): من جهة هل هو صريح او كناية.
4) في (ي): والقرويون.

اعتاد الحلف بِصوم سنة لزمه[1]، وهكذا يجري[2] في حكم أيمان البيعة، وهي أيمان رَتَّبها الحجَّاج، فيها اليمين بالله تعالى والطلاق والعتاق والحج وصَدقةِ المال، يحلف بها الناس عند البيعة، قال صاحب (التخليص): واختلف هل الطلقة بائنة أو رجعية؟ قال: ومنشأ الخلاف: اختلاف الرواية عن مالك في أشد ما اخذ احد على احد، هل تلزمه طلقة أو ثلاث.

قواعد: اليمين حقيقتُه لغة: الحلف على ما تقدم من الخلاف، وإطلاقه على الطلاق والعتاق والنذر[3] مجاز، لأنه ليس بحَلف، فلو[4] حَلف بالطلاق أو العتاق لا يلزمه شيء، لأنه حلف مُحدث، والعلاقة في هذا المجاز: أن الحالف ملتزم لِحكم على تقدير، وهو الكفارة على تقدير الحنث، والمعلق من الطلاق وغيره قياساً على تقدير وجوب الشرط، ثم هذا المجاز منه خفي لم يترجح[5] على الحقيقة ولا سواها، نحو: لله عليّ هَدي، أو بناء مسجد، أو الغزو، ومنه راجح على الحقيقة او مساو، وهو ما ذكره المتأخرون، ويدل على الشهرة قديما وحديثا: قوله[6] عليه السلام: (الطلاق والعتاق، يمين الفساق) فسماهما أيمانا، ومن قواعد المذهب: استعمال اللفظ المشترك في جميع مسمياته، وغير المشترك في مجازاته المستوية، ومجازه وحقيقته، فلذلك حمل المتأخرون اللفظ على ما ذكروه دون غيره من التعاليق، واما اذا قلنا: اليمين أصله من القوة لأنه يقوي المخبر عنه، فالتعاليق (ايضا)[7] مقويات للإقدام والإحجام، فيكون اللفظ متواطئاً في الجميع، وقد دخلت عليه أداة العموم فيَعم الجميع، الا ما خصَّه الدليل بالإجماع، وقد تقدم تقريره اول الكتاب.

---

1) في (ي): يلزمه.
2) في (ي): الجري، وكتب فوقها: كذا.
3) في (د): والنذور.
4) في (ي): بل لو حلف.
5) في (د): لم يرجح.
6) هذا لا اصل له، كما قال السخاوي في (المقاصد الحسنة) قال: وإظنه مُدرّجاً. وكذلك قال علي القاري في (الأسرار المرفوعة، في الأحاديث الموضوعة) حرف الطاء صفحة 240 طبعة الصباغ.
7) زيادة من (د).

وقاعدة: (ش) : حمل اللفظ على حقائقه ومجازاته، ومجازه وحقيقته، وقد خالف في هذه القاعدة[1] أصله فقال: ان نوى شيئاً لزمه والا فلا، محتجا بان هذا كناية فيتبع النية، والصريح هو النطق بالإسم المعظم، ولم ينطق به، وجوابه: ان كل ما يعتقد صريحا فلفظ اليمين صادق عليه حقيقة في اللغة، فلفظ الأيمان تتناول الصريح بالوضع، والكناية لا تتناول بالوضع، بل تصلح للتناول فليست بكناية، فان قيل: لفظ اليمين يتناول قولنا: والله من جهة عموم كونه حَلفا، لا من جهة خصوص قولنا: والله، بل لفظ اليمين صَادق عليه وعلى قولنا: والكعبة، وحياتي، ولعمري، والدال على الأعم غير الدال[2] على الأخص وغير مستلزم له، فيكون كناية، قلنا: القائل: أيمان المسلمين، والأيمان نطق بصيغة العموم الشاملة لكل ما يصدق عليه يمين، لأن اللام للعموم، واسم الجنس اذا أضيف عم، فكانت الصيغة متناولة لكل يمين مخصوصة، فيكون صريحا، أجمعنا على سقوط ما لم يشرع وما لم يشتهر عرفا، بَقينا في صفة العموم على مقتضى الأصل، قال ابن يونس: اذا قال: أشد ما أخذ أحَدٌ على أحد ولا نية له وحَنث طلق نساؤه وعتق عبيده، ومشى الى البيت، وتصدق بثلث ماله.

فائدة، قال صاحب كتاب (الخصَال): الموجب للكفارة سبع وعشرون صيغة: الله، وبالله، وتالله، ولعمر الله، ووالله، ويعلم الله، ووحق الله، وايم الله، وباسم الله، ويعزة الله، ويكبرياء الله، وقدرة الله، وعظمة الله، وأمانة الله، وعهد الله، وذمة الله، وكفالة الله، وميثاق الله، واشهد بالله، وأعزم بالله، واحلف بالله، وعليَّ نذر (لله)[3]، وبالقرآن، وبالمصحف، وبما أنزل الله، وبالتوراة، وبالإنجيل، والكناية ما هو متردد بين الموجب وغيره على السواء، ففي (الكتاب): اذا قال: أشهد أو أقسم أو أحلف أو أعز: ان أراد بالله فهو يمين، والا فلا شيء عليه، قال ابن يونس: قال اصحابنا: معاذ الله ليست يمينا إلا ان يريد اليمين،

1) في (ي): المسألة.
2) في (ي): دَالٌ.
3) الزيادة من (د).

وقيل: معاذ الله، وحاشا لله، ليست يمينا مطلقا، لأن المعاذ من العوذ،ومحاشاة الله من التبرئة اليه، فهما فعلان محدثان.

(تمهيد) (لما)[1] تقدم ان اسماء الله تعالى كلها يجوز الحلف بها وتوجب الكفارة على تفصيل يأتي، إما لدلالتها كلها على الذات اما من حيث هي هي، وهو قولنا: ولله، لأنه على الصحيح موضوع للذات من حيث هي هي علما عليها، لجريان النعوت عليه، فنقول: الله، الرحمان، الرحيم، وقيل: للذات مع جملة الصفات، وإما لدلالتها على الذات مع مفهوم زائد وُجُودي قائم بذاته تعالى، نحو قولنا: عليم، أو وُجُودي منفصل عن الذات، نحو خالق، او عدمي، نحو: قدوس، ثم هو أربعة اقسام: ما ورد السمع به، (ولا يوهم نقصا)[3] نحو: العليم، فيجوز اطلاقه اجماعا، (وما لم يرد السمع به، وهو مُوهِم فيمتنع اطلاقه اجماعا، نحو: متواضع[4]) وما ورد السمع وهو موهم :فيقتصر به على محله، نحو: ماكر، وما لم يرد السمع به وهو غير موهم ،فلا يجوز اطلاقه عند الشيخ ابي الحسن،ويجوز عند القاضي، وقيل بالوقف، نحو: السيد، قال ابو الطاهر:فكلُّ ما جاز إطلاقه جاز الحلف به وأوجب الكفارة، والا فلا، فتنزل الاقسام المتقدمة على هذه الفتيا، وما يسمى صفة لله تعالى ثلاثة اقسام: قديم، ومحدث، ومختلف فيه، هل هو قديم أو محدث؟ والمحدث قسمان: وجودي، نحو: الخلق والرزق، فلا يحلف به، ولا يوجب كفارة، وسلبي نحو: الحلم والإمهال والعفو، لأن الأولين تأُخر العقوبة، والثالث :اسقاطها، والظاهر: انه كالوجودي، ولم ار فيه نقلا بخصوصه، والقديم ثلاثة اقسام: ما هو عائد الى نفس الذات، كالوجود والقدم والبقاء[5] فيجوز الحلف به، ويوجب الكفارة، وما هو زائد على الذات وجودي، وهو سبعة: العلم

---

1) زيادة من (ي).
2) في (ي): ان اسماءه تعالى.
3) ما بين القوسين زيادة من (ي).
4) ما بين القوسين ساقط من (ي).
5) في (د): والفعل.

والكلام والقدرة والإرادة والحياة والسمع والبصر، وما لحق[1] بها مما في معناها، وان اختلف اللفظ كالأمانة والعهد، واختلف في القدم والبقاء هل هما وجوديان ام لا؟ وفي الوجه والعينين واليدين هل ترجع الى السبعة على حسب ما تقتضيه قاعدة التعبير في لغة العرب، أو هي صفات وجودية لا نعلمها، والأول: الصحيح، وما هوسلبي:قسمان: سلب نقص، كسلب الجوهر والعرض عن ذاته وصفاته تعالى، وسلب المشارك في الكمال، وهو الوحدانية،والظاهر: انهما كالوجودي، ولم أر فيها نقلا بخصوصها مفصلة، والثالث الذي اختلف فيه هل هو قديم أو محدث؟ كالغضب والسخط والرضا والرحمة فان حقائقها اللغوية مستحيلة عليه تعالى لكونها تغيرات في الأمزجة، وهو تعالى منزه عن المزاج وتغيراته[2]، فحملها الشيخ ابو الحسن الأشعري على ارادة آثار هذه الأمور لكون المتصف بها من المحدثين، يريد: هذه الآثار عند قيام هذه المعاني به، فتكون هذه الأمور قديمة في حقه تعالى، وحملها القاضي أبو بكر على آثارها لكونها ملازمة لها غالبا،فعبر عنها، فالمراد بالرحمة: الإحسان، والغضب: العقوبة، فعلى هذا تكون محدثة، فلا توجب كفارة، قال ابن يونس: الحالف برضا الله ورحمته وسخطه عليه كفارة واحدة، وهذا يدل على ان الفتيا على مذهب الشيخ دون القاضي، وبسط هذا كله في أصول الدين، وانما الفقيه يحتاج ها هنا الى ما يوجب الكفارة وما لا يوجب، وقد تلخص ذلك مستوعبا بفضل الله تعالى.

(تنبيه): الألف واللام في اللغة[3] تكون للعهد، فالقائل: العلم والقدرة تنصرف الى ما عهد الحلف به وهو القديم، وأن اللفظ بعمومه يتناول المحدث والقديم، وأما الإضافة: فلم توضع لِلعهد، وعلى هذا قال: وعلم الله وقدرته وعزته اندرج فيه القديم والمحدث، لأن اسم الجنس اذا أضيف عم، والإضافة تكفي فيها ادنى نسبة، كقول احد حاملي الخشبة مثل طرفك، والمحدثات تضاف الى الله

---

1) في (ي): وما يحويها.
2) في (ي): وتغيراتها.
3) في (ي): لغة العرب.

تعالى، لأنه خلقها، ولذلك قال كعب الأحْبار في قوله تعالى: ﴿فَنَفَخْنَا فِيهِ مِنْ رُوحِنَا﴾ (التحريم: 12) قال: نفخ فيه روحا من أرواحه، إشارة الى ارواح الخلائق كلها، وان روح عيسى عليه السلام من جملتها، قال صاحب (تهذيب الطالب): الحالف بعزة الله وعظمته وجلال الله يكفر كفارة واحدة، وهو متجه في ايجاب الكفارة، لا في الجواز: أما الكفارة: فلأن الصيغة للعموم فيندرج فيها القديم والمحدث، واذا اجتمع الموجب وغير الموجب وجب الحكم، وأما الجواز: فلإندراج ما لا يباح مع ما يباح إلا ان يقال: غلب استعمال هذا اللفظ بخصوصه في القديم حتى صار منقولا له، وما هو ايضا متجه، وقال أشهب: ان اراد بعزة الله وأمانته القديمة :وجبت الكفارة، أو المحدثة :لم تجب، وقد قال تعالى: ﴿سُبْحَانَ رَبِّكَ رَبِّ الْعِزَّةِ عَمَّا يَصِفُونَ﴾ (الصافات: 180) و﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا﴾ (النساء: 85) والقديم لا يكون مربوبا ولا مأمورا به، ولهذه المدارك قال الشافعية والحنابلة: اسماء الله تعالى قسمان: منها ما هو مختص به فهي صريحة في الحلف كقولنا: والله والرحيم[1]،ومنها ما لا يختص به كالحكيم، والرشيد، والعزيز، والقادر، والمريد، والعالم، فهي كنايات لا تكون يمينا الا بالنية، لأجل التردد بين الموجب وغير الموجب، كما انعقد الإجماع في الطلاق والظهار وغيرهما من أبواب الفقه، وجوابهم: أن ذكر هذه الأسماء في سياق الحلف اشتهر[2] عادة يختص بالله تعالى، فأذهب الإحتمال اللغوي النقل العرفي، واما في غير سياق الحلف: فاللفظ متردد بين القديم والمحدث، وهذا الجواب يستقيم في الأسماء التي جرت العادة بالحلف بها، أما الحكيم، والرشيد، ونحوهما: فلعل كثيراً من الناس لا يعلمها[3] اسماء الله، ولم يشتهر الحلف بها، وأصحابنا عَمموا الحكم في الجميع ولم يفصلوا، وهو مشكل، ووافقنا جمهور الحنفية، لكنهم خالفونا في الصفات فقالوا: إنْ تعارف الناسُ بالحلف بها كانت يمينا والا فلا، سواء كانت صفات الذات أو صفات الفعل، فاشترطوا الشهرة دوننا، وسوُّوا بين الفعل وغيره.

---

1) في (ي): والرحمن.
2) في (ي): لظاهر.
3) في (ي): لا يعلمها في اسماء.

فرع: في (الكتاب): القائل: إن فعلت كذا فهو يهودي (أو نصراني)[1] أو بريء من الله،ونحو ذلك، ليس بيمين، وليستغفر الله تعالى، لأنه التزم انتهاك حرمة الله تعالى على تقدير ممكن، واللائق بالعبد: الإمتناع من ذلك مطلقا، ووافقنا ابن حنبل في الإثم، وأوجب عليه الكفارة، لما يروى[2] عنه عليه السلام انه (سئل عن رجل[3] يقول: هو يهودي أو نصراني او مجوسي، أو بريء من الله، أو من الإسلام في اليمين يحلف بها فيحنث؟ قال: عليه كفارة يمين) وقال الحنفية: ليس بإثم وتجب عليه الكفارة، لأنه معظم لله تعالى، لأن المفهوم من ذكر هذه الأمور في هذا السياق شدة قبْحها عند الحالف، ولذلك جعل ملابستها مانعة له من الفعل، لأن الموقوف على الممتنع ممتنع، واذا كان معظما لله تعالى وجبت الكفارة لتعظيمه بذكر اسمائه، وجوابهم: أن العبد لو قال لسيده: ان لم اسرج الدابة فانا أصفعك. أو أفسق بامرأتك :لاَسْتَحَقَّ الأدب في العرف للذكر هذه القبائح لسيده، بل ينبغي أن يَقول: لو عرضت علي هذه الأمور لا أفعلها ولو قطعت او انطبقت السماء على الأرض، فاذا قبح ذلك في حق المخلوقين، فأولى في حق رب العالمين، سلمنا أنه تعظيم، لكن لا نسلم وجوب الكفارة، فإن التسبيح والتهليل تعظيم اتفاقا، ولا يوجب الكفارة.

فرع، في (الكتاب): اذا قال لرجل: اعزم عليك بالله إلا ما فعلت، وأسألك بالله لتفعلن، فامتنع فلا شيء عليهما، وقاله الشافعي، وقال ابن يونس: اذا أقسم عليه ليفعلن، فيحنث اذا لم يجبه.

الفصل الثاني: فيما ينعقد، والأيمان ثلاثة: لغو وغموس ومنعقدة، ,وفي (الاستذكار): في اللغو خمسة مذاهب: أن يحلف على شيء يعتقده ثم يتبين له خلافه، وهو مذهب (الكتاب) ، ووالله ، وَبَلى والله مما يغلب على الألسنة من غير

---

1) زيادة من (د).
2) لم اجده بهذا اللفظ، والمعروف: نهيه ﷺ لمن يحلف بملة غير الإسلام وانه كما قال ان لم يكن الأمر على ما حلف عليه، وهو في الصحيح والسنن، وانظر احاديث الوعيد بذلك في (الترغيب والترهيب) للمنذري في كتاب الأدب، الترهيب من الحلف بغير الله.
3) في (ي): الرجل.

قصد الى اليمين، وبه قال (ش) والقاضي اسماعيل (منا)[1]، وقـال ابن حنبل بالمذهبين، ويمين الغضب لابن عباس، وفي الدارقطني[2]: قال عليه السلام: (لا يَمِينَ فِي غَضَبٍ، ولا طَلاَقَ وَلاَ عِتاقَ) وهو ضعيف، والحلف على المعصية فيتركها، لسعيد بن جبير، وتحريم المباح لابن عباس ايضا، والغموس: في (الكتاب): الحلف على تعمد الكذب، قال ابن ابي زيد في الرسالة، أو على الشك، وهي اعظم من ان تكفر، وقاله (ح) وابن حنبل، وقال (ش): تكفر بطريق الأولى، لأنها معصية، والتكفير شأن المعاصي، وجوابه: أن كفارة الأيمان ليست لزوال الإثم لقوله[3] عليه السلام: (فليكَفِّرْ وَلْيَأْتِ الذِي هُو خَيرٌ) والمأمور به: لا يكون معصية، بل هي تشريف بالتكليف، والمعصية تُنافي شرف المخاطبة، وفتح باب القربة، ولقوله تعـالى: ﴿ولَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَـا عَقَدتُّمُ الأَيْمَـانَ﴾ (المائـدة: 89) والغموس: لا تقبل الحل فلا تقبل العقد، كما لا يقال للحائط: أعمى، لأنه لا يقال: بصير، قال ابن يونس: وهي من الكبائر، لأنها في الحديث معدودة منها، والمنعقدة في (الكتاب): هي الحلف على ايجاد الفعل المستقبل أو عدمه بأسماء الله تعالى وصفاته العلى، فهذه هي التي توجب الكفارة.

---

1) زيادة من (ي).

2) لم اجده بهذا اللفظ، ونحوه في سنن أبي داود في الطلاق، باب الطلاق على غلط، ورواه احمد في (المسند 276/6) ولفظه: لا طلاق ولا عتاق في اغلاق، ورواه ابن ماجه ايضا في الطلاق. باب طلاق المكره والناسي، عن عائشة موقوفا. وحسنه بعضهم.

3) تقدم تخريجه عن ابي هريرة، وهو جزء من حديث، وأوله: من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه.

الباب الثالث

فيما يوجب تعدُّد الكفارة واتحادها

قال ابو الطاهر: اذا قصد الحالف بتكرار يمينه تعدُّد الكفارات تعددت، أو اتحَادها اتحدت، وان لم يقصد، والمعنى واحد، واللفظ واحد، أو متعدد، اتحَدت كالحلف بأسماء الله تعالى، وان تعدد المعنى تعددت، كالحلف بالصفات، وان حلف على اشياء بالعطف وقصد اتحَادَ اليمين اتحَدت، وهل يقع الحنث ببعضها ـ وهو المشهور ـ أو بالجميع؟ قولان، واذا أتى بلفظ يدل على التكرار تكررت الكفارة نحو: كلما، أو متى، والا فلا تتكرر الا ان يظهر ذلك من قصد الحالف، كالحالف: لا يترك الوتر، أولا يشرب الخمر بالمدينة النبوية، لأن المقصود اجتناب ذلك في سائر الأوقات لشرف الوتر والمدينة، بخلاف: لا كلمتُ زيدا، وقالت الحنفية: إذا كرر الأسماء أو الاسم الواحد بغير عطف فكفارة واحدة، لأن الثاني يَجرى مجرى الصفة للأول، وبالعطف كفارتان، لأن العطف يوجب التعدد، ولذلك يجوز للحاكم تأكيد اليمين بغير عطف، ولا يجوز بالعطف، لأن المستحق على الخصم يمين واحدة، وجوابهم، أن العلماء اختلفوا في قوله تعالى: ﴿والليل إذا يَغْشى وَالنَّهار إذا تَجَلى﴾ (الليل: 1) ونحوه هل الواو الثانية للعطف أو للقسم؟ والصحيح ـ عندهم ـ انها حفظت بالعطف لا بالقسم، لأن القسم بالشيء تعظيم له، والانتقالُ عنه الى القَسم بغيره إعراض عنه، والإعراض يأبَى التعظيم، واما العطف عليه: فتقدير له بجعل غيره تابعا له في معناه، فيكون القَسم واحدا وقعت فيه الشركة، فالمتعدد متعلقه، لأنها أقسام متعددة، واذا اتحَد القسم اتحَدت

الكفارة، ووافقنا ابن حنبل، وفي (الكتاب): اذا قال: علي عشر كفارات[1] أو مواثيق او نذور:لزمه عدد ذلك كفارات، قال اللخمي: لأن النطق بالعدد يقتضي ارادته، بخلاف التكرير، فحمل على التأكيد، وان قال: والعزيز، وعزة الله فكفارتان، قال ابن يونس: قال محمد: اذا حلف بعدة اسماء أو كَرر اسْما واحدا فكفارة واحدة، قال ابن حبيب: وكذلك تعدد الصفات، لأنها ليست غير الذات، وقيل: بتعدد[2] الكفارة، لأن مفهوم القدرة غير مفهوم العلم، والأسماء يعبر بها عن مسمى واحد، وما امتنع اطلاق لفظ الغير الا لأن الغَير في اللغة هو الذي شأنه المفارقة بالزمان والمكان، فاطلاق لفظ الغير عليها يُوهم ذلك، واطلاق الموهم ممنوع، قال: وينبغي التفصيل فَما يرجع لمعنى واحد، فكفارة واحدة، كالعزة والجلال، والعظمة، وكالميثاق، والعهد، وكالقرآن، والتوراة، والإنجيل، فانها ترجع الى صفة الكمال[3] والا تعددت الكفارة، قال اللخمي: ولو قال: والله ثم والله ثم والله، فكفارة واحدة، وأرى أنها ثلاث، وقال ابن عبد الحكم بالتعدد في الواو مع واو القَسم، وفي (الكتاب): اذا حلف: لا أجامعكن فجامَعَ واحِدة أو الجميع فكفارة واحدة، لأن الكفارة لمخالفة اليمين وهي واحدة، والقائل: والله لا دخلت هذا الدار، والله لا كَلَّمْتُ فلانا، تعددت الكفارة لتعدد اليمين، ولو كرر اليمين على شيء واحد، في مجلس واحد، او مجالس، فكفارة واحدة حتى ينوي التأسيس، ولو كرر لفظ النذر تعددت الكفارة نوى ام لا، قال ابن يونس: قال محمد: اذا قال: عليَّ ثلاثة نذور، فثلاث كفارات، والفرق بين تكرار الطلاق يحمل على الإنشاء دون التأكيد، واليمين على التأكيد:ان الطلاق مختلف، فأولَى بوُجوب التحريم، والثانية تقرب من الثلاث، والثالثة تحريم إلا بَعد زوج آخر، ومعنى الأيمان واحد وهو ايجاب الكفارة،وبين النذر واليمين: أن اصل وضع اليمين لتأكيد المخبر عنه، فلما كان اصلها للتأكيد حملت عليه عند عدم النية، وموضوع النذر: اللزوم فحمل على الإنشاء، ومن حلف فقيل لـه: يحنثك فحلف لا يحنث

1) في (ي): كفالات.
2) في (د): تتعدد.
3) في (د): الكلام، ولعله الصواب.

فكفارتان، وان حلف: لا باع من فلان، فقال له آخر: وانا، فقال والله ولا انت، فكفارتان إن باع منها أو من احدهما(فردها عليه فباعها من الثاني عند ابن القاسم، ولو حلف لاباعها من فلان ولا من فلان فباعها منها او من احدهما)[1] فكفارة واحدة، وفي (الكتاب): والحالف لا يكلم فُلاناً ثم قال: علي حجة أو عمرة ان كلمته، فهما يمينان، قال ابن يونس: قال ابن القاسم: وان قال: والله لا اكلمه غدا، والله لا اكلمه بعد غد، والله لا اكلمه غدا، فكفارتان ان كلمه في اليومين، وان قال: والله لا اكلمه غداً ولا اكلمه غدا، ولا بعد غد، فكلمه غدا، فكفارتان، لأنها يمينان على متباينين، وقد تَنَاوَلا غداً، فان كلمه بعدَ غد فلا شيء عليه، لأن اليمين انحلت[2] بالغد، لأنه جزء ما حلف عليه في اليمين الثاني، وان كلمه بعد غد فقط، فكفارة واحدة، ولا ينوي انه اراد باليمين الثانية الأولى، كمن قال لامرأته: ان دخلتِ الدار فأنتِ طالق، إن كلمت زيداً فانت طالق، لا ينوي انه اراد بالثانية الأولى، ولو قال: والله لا كلمتك غدا او بعد غد، ثم قال: والله لا كلمتك غدا، فكلمه غدا فكفارة واحدة، لأن اليمين الأولى اقتضت مطلق احدهما، والثانية خصوص الثاني، وقيدت ذلك المطلق، والمطلق في ضمن المقيد فاجتمعا على شيء واحد، بخلاف لو حلف لا يكلمه غدا ثم حلف، أو بعد غد، لأن المطلق في اليمين الأولى ليس محلوفا عليه، والثانية منشئة للحلف فيه فلم يترادفا، وفي (الكتاب): لوحلف: لا يكلم زيدا عشرة أيام، فكلمه فيها مرارا فكفارة واحدة، وفي (البيان): اذا قلنا بالكفارة في الحلف بالقرآن فقال: والقرآن، والمصحف، والكتاب، فثلاث كفارات عند ابن القاسم، لاختلاف المسميات، وان كان المعنى واحدا، وهو الكلام القديم.

(تمهيد): يقع التداخل في الشريعة في ستة مواضع: في الطهارات، كالوضوء اذا تعددت اسبابه، او تكرر السبب الواحد، والغسل، اذا اختلفت اسبابه، أو تكرر السبب الواحد، والوضوء مع الجنابة، وفي تداخل طهارة الحدث

---

1) ما بين القوسين ساقط من (ي).

2) في (ي): انحلت، وهو تصحيف.

والخبث خلاف، وفي العبادات: كسجود السهو اذا تعددت أسبابه، وتحية المسجد مع الفرض، والعمرة مع الحج، وفي الكفارات في الأيمان، وكما لو افطر في اليوم الواحد من رمضان مرارا بخلاف اليومين أو أكثر، خلافا لـ(ح) في إيجابه كفارة واحدة في جملة رمضان، واختلف قوله في الرمضانين، وفي الحدود اذا تماثلت، وهي أولى بالتداخل لكونها مهلكة، وفي العدد، على تفصيل يأتي ان شاء الله تعالى، وفي الأموال، كدية الأطراف مع النفس، والصدقات في وطء الشبهات اذا تكرر الوطء في الشبهة الواحدة، ويدخل المتقدم في المتأخر كالأطراف مع النفس، والمتأخر في المتقدم كوطء الشبهة، والكثير في القليل كالأطراف مع النفس، والقليل في الكثير كالأصبع مع النفس، والوضوء مع الغسل، والعمرة مع الحج.

البَابُ الرَّابِع
في الاستثناء

وهو مأخوذ من الثني،لأن المتكلم رجع الى كلامه بعد مفارقته فأخرج بعضه، كما يرجع نصف الثوب على نصفه، وهو حقيقة في الإخراج بإلاَّ وأخواتها، ثم يطلق على قولنا: ان شاء الله تعالى مجازاً لأنه شرط مشروط، والشرْط ليس باستثناء، والعلاقة بينهما: أن الشرط مخرج من المشروط احوال عدم الشرط، فالشرط مخرج لبعض الأحوال، والاستثناء لبعض الأشخاص، ويدل على تسمية هذا الشرط استثناء، قوله[1] عليه السلام (مَن حَلَفَ وَاستثنَى عَادَ كَمَن لمْ يَحلِفْ) ومراده ذلك، فإن[2] الاستثناء بإلاَّ لا يبطل حكم اليمين اجماعا. وها هنا بحثان:

البحث الأول: في الاستثناء الحقيقي، وهو الاستثناء بإلاَّ، وغير، وسوى، وحاشا، وخَلا، وليس، ولا يكون، ونحوها، ولا بد من اتصاله بالكلام والنطق به على الفَوْر عادةً،احترازاً من العطاس او السعال قبله بعد الكلام، وفي (المقدمات): لا يقع الإستثناء بإلا من الأعداد وان اتصل، ما لم يبن كلامه عليه، نحو: والله لأعطينك ثلاثة دراهم إلا درهما،وكذلك: انتِ طالق ثلاثا الا واحدة، بخلاف العموم، وبخلاف الاستثناء بمشيئة الله تعالى، فإنه يكفي فيها الإتصال وان لم يبن الكلام عليه، ولا يدخل الاستثناء ايضا فيما نص عليه بالعطف، نحو:

1) النسائي في الأيمان، باب من حلف فاستثنى، وابن ماجه في الايمان عن ابن عمر، وهو صحيح، ولفظه: من حلف فاستثنى فان شاء مضى وان شاء ترك غير حنث، وله الفاظ اخرى، ولم أقف عليه بلفظ المؤلف.
2) في (ي): لأن.

والله لأعطين زيدا أو عمرا أو خالدا، الا زيدا،فان فيه ابطال حكم زيد، وهو منصوص عليه، وبخلاف ما اندرج مع المخصوص ضمنا، وقال القاضي: يجوز - عندنا - استثناء شطر الشيء وأكثره، والإستثناء - عندنا - من النفي إثبات، ومن الإثبات نفي، خلافا لـ(ح)[1].

البحث الثاني: في الاستثناء المجازي، وفي (الكتاب): من حلف باسماء ا ، تعالى أو بصفاته العلى، أو نذر نذرا لا مخرج له، وقال: ان شاء الله: فإن ارا، الاستثناء انحلت يمينه،أو التبرك[2] لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقُولَنَّ لِشَيْءٍ إِنِّي فَاعِلٌ ذَٰلِكَ غَداً إِلَّا أَنْ يَشَاءَ اللَّهُ﴾ (الكهف: 23) فيمينه منعقدة، ويكفي حدوث القصد اليه بعد اللفظ اذا وصله باليمين، والا فلا، ولا تكفي فيه النية،بل لا بد من التلفظ، وفي ابي داود: قال[3] عليه السلام: (مَن حَلَف فقالَ: إنْ شَاءَ الله لَم يَحنَث) وفي (الجلاب): إن قطعه بسعال أو عطاس أو تثاؤب لم يضره، ووافقنا الأئمة على وجوب الإتصال، وعن ابن حنبل ايضا: يجوز الإنفصال ما لم يطل، وقال بعض أصحابه: ما دام في المجلس،لما في ابي داود[4] : قال عليه السلام: (والله لأغزونَّ قريشاً، ثم سكت، ثم قال: ان شاء الله) وجوابه: انه أدب لأجل اليمين، لقوله تعالى: ﴿واذكُرْ رَبَّكَ إذَا نَسِيتَ﴾ (الكهف: 24).

قواعد: كل متكلم له عرف يحمل لفظه على عرفه في الشرعيات والمعاملات، والإقرارات وسائر التصرفات، والشرع له في الحلف نوع شرع[5] له، واختص به فهو عرفهُ، وهو الحلف بالله تعالى وصفاته العلى، فيختص قوله[6] عليه السلام: (مَن حَلَف واستثنى) به، ولا يتعدى الى الطلاق والعتاق والنذور، خلافا

---

1) لـ(ح) ليست في (د).
2) في (ي): والتبرك
3) الترمذي في الأيمان وقد تقدم تخريجه آنفا.
4) في الأيمان، باب الإستثناء في اليمين عن عكرمة مرسلا، قال ابو داود: وقد أسنده غير واحد عن عكرمة عن ابن عباس موصولا، لكن قال ابن ابي حاتم في (العلل): الأشبه ارساله.
5) في (ي): شرعه.
6) تقدم تخريجه.

لـ(ش). فالإستثناء جعله الشرع سبباً حالاًّ لليمين، والأصلُ: عَدم نصبه سببا لحل غيره وسلامة غيره عن الحل والنقض، والنذر الذي لا مخرج له كفارته كفارة يمين، فلذلك سُوِيَّ باليمين، ولم تكف النية، لأن المنصوب سبباً للحل انما هو هذا اللفظ، ولم يوجد، والقصد الى الأسباب الشرعية لا يقوم مقامها، والنية انما نصبت سببا في التخصيص والتقييد فيما لم يبق الكلام عليه، فلا جَرَم يستقل بهما، قال اللخمي: الإستثناء يصح بمشيئة الله تعالى، او آدمي حي أو ميت، والمجمع[1] عليه: ما فيه النطق والنَسَق والنية قبل اليمين، أو في موضع لو سكت لم تنعقد اليمين، وعلى القول بانعقاد اليمين بمجرد النية يصح الإستثناء بالنية، وقال محمد: كلُّ ما فيه: ان شاء الله تعالى، أو: إلا أن يشاء الله، والا نحو: لقيت القوم وينوي في نفسه: الا فلانا، فهذه الثلاثة لا يجزىء فيها الا تحريك اللسان، وقيل: يكفي في (إلا) النية، بخلاف الآخرين، ولم تختلف ان المحاشاة تكفي فيها النية، وهي الإخراج قبل اليمين، وقال محمد: لا بد من نية الإستثناء قبل حرف من اليمين، لأنه لو سكت حينئذ لم تنعقد، اما بعد الإتمام لا يمكن رفع المنعقد والبحث معه، هل الإستثناء راجعٌ للسبب المنعقد؟ وهو المذهب، وإنما نصبه الشرع مانعاً من الإنعقاد، وظاهر كلام الشرع في قوله: (مَن حلف) كمالُ الحلف، فظاهر الحديث مع ظاهر المذهب، قال ابن يونس: قوله إلا ان يقضي الله، أو يريد الله، كقوله: يشاء الله، وفي (البيان): قال ابن القاسم: اذا قال: الا أن يقضي الله تعالى غير ذلك ليس استثناء، لأن هذا معلوم من اليمين قبل، قوله: خرج لفظ المشيئة، فالدليل[2] نفى بقية الفاظ القضاء والقدر على الأصل، وقال عيسى: هو ثنيا للمساواة في المعنى، وكذلك: إلا أن يرني الله غير ذلك، وفرق اصبغ بينهما، فمنع الأخير، وهذا يجب ان يرجع الى الخلاف في الأسباب الشرعية: هل القياس عليها اذا عقل معناها أم لا؟ كما قيل في قياس النبش على السرقة، واللواط على الزنا، وفي (الجواهر): اختلف الأصحاب: هل الإستثناء حل لليمين؟ وهو قول القاضي

---

1) في (ي): والمجموع، وهو تصحيف.

2) في (ي): بالدليل بقية.

وفقهاء الأمصار، أو بدل من الكفارة، وهو قول ابن القاسم ويعضد الأول ظاهر الحديث وأن انتفاء الحكم الذي هو الكفارة لإنتفاء سببه اولى من انتفائه لقيام مانعه، ويعضد الثاني: أن الأصل عدم[1] ايجاب اليمين للكفارة، وحيث اشترطنا النطق فيكفي فيه تحريك شفتيه من غير جهر الا المستحلف لا بد من جهره، ولا بد من الإستثناء من قصد حال اليمين او التفويض الى مشيئة الله تعالى.

1) (عدم) ساقطة من (ي)، ولا بد منها.

البَابُ الخامِسُ
في مدارك البر والحنث

وهي اربعة عشر مدركا: المدرك الأول: النية، واعلم ان الحنث في اللغة لفظ مشترك بين الإثم، ومنه: بلغ الصبي الحنث أي زمانا يكتب عليه الإثم، وبين المخالفة لليمين، قاله الجوهري، والبُر في اللغة ضد العقوق، ومنه: بر الوالدين، اي موافقتهما، فالموافق لمقتضى اليمين بار، والمخالف حانث، سواء كان آثماً أم لا، قال الجوهري، وللبر لفظان: لا فعلت، وان فعلت، ويجمعهما: التزام عدم الفعل، وللحنث لفظان: إن لم افعل، ولأفعلن، ويجمعهما: التزام وجود الفعل، فهو الآن على خلاف مقتضى اليمين، بخلاف الأول، فلذلك قيل له: هو على حنث، الا ان يضرب اجلا فهو على بر، لأنه انما التزم ان لا يُخلي ذلك الزمان من الفعل، ولم يتعين خلوه الا بمضي الزمان، وفي (الجواهر): النية تقيّد المطلقات، وتخصص العمومات، اذا صلح لها اللفظ كانت مطابقة له أو زائدة فيه أو ناقصة منه، قال اللخمي: هي ثلاثة اقسام: ان كانت في الطلاق او العتاق وأحْلفه الطالب لم يصدق في بينة وقضي بالظاهر، فإن لم تكن عليه بينة او يمينه مما لا يقضى بها: فهل هي على نية الطالب أو الحالف؟ قولان. وان تطوع باليمين وكان له التخلص بغيرها فله نيته، وقيل: على نية الطالب، وان دفع بها ظلما فله نيته، وان حلف بالحرام على قضاء حق: قال مالك: لا تنفعه محاشاة زوجته، قال ابن القاسم: وسواء استحْلفه الطالب وضيق عليه حتى بدر باليمين، وان حلف بها ابتداء من غير طلب ولا إلجاء فله نيته، وروي عن مالك: تنفعه المحاشاة في الحرام، وان كان مستحلفا للخلاف في الحرام بخلاف غيره، قال ابو الطاهر: اذا

لم تحضره بينة، ففي ظاهر المذهب قولان، والصحيح: قبولها اذا ظهر لها محمل، وان احتملها اللفظ على قرب قبلت ان لم تقم بينة قولا واحدا، والا قضى بمقتضى اللفظ حيث وجد.

قال صاحب (الاكمال): لا خلاف ان المستحلف في حق يقضى عليه بظاهر يمينه،فأما بينه وبين الله تعالى: ففي حنثه اقوال، قال مالك وابن القاسم: الحلف على نية المستحلف، وقيل: على نية المحلوف له مطلقا استحلف أم لا، وقيل: على نية الحالف، وقيل. عكس قول مالك، للمستحلف نيته، والمتطوع على نية المحلوف له، وقيل: ينفعه فيما لا يقضى عليه، ويفترق المتطوع وغيره فيما يقضى به، وهو مروي عن ابن القاسم ايضا.

قاعدة: يجوز - عندنا - التقييد والتخصيص في مدلول اللفظ المطابقي والتضميني والإلتزامي، وقاله (ش)، وقال (ح): لا يجوز في الإلتزامي، ويتخرج على الخلاف في الحالف: لا آكل، فيجوز له عندنا تخصيصه أو تقييده إن قيل بعدم العموم ببعض المأكولات فلا يحنث بما سواه،وعنده: لا يجوز، لأن الفعل إنما يدل على المأكولات التزاما فيحنث عنده بجملة المأكولات ولا تنفعه النية. لنا مدركان: أحدهما: قوله تعالى: ﴿لتأتـنَّني به إلاّ أن يُحَاطَ بِكُمْ﴾(يوسف: 66) فأخرج حالة الإحاطة من الحالات التي لم يدل عليها اللفظ الا التزاما، فكذلك يصح الإخراج بالنية لبعض المفاعيل والأزمنة والبقاع بجامع احتياج المكلف الى تمييز موضع المصلحة، وكلاهما إخراج الثاني، ووافقنا على ما إذا قال: لا آكل اكلا، ان النية تنفعه، والأكل إنما يدل على المأكولات التزاما، وهو بعينه المراد بالفعل.

تنبيه: يسأل الحالف باللفظ العام، فإن قال: أردت بعض انواعه لا يلتفت لنيته، ويُعتبر عموم لفظه، لأن هذه النية مؤكدة للفظ في ذلك النوع، غير صارفة له عن بقية الأنواع، ومن شرط النية المخصصة ان تكون (صارفة، فان قال: أردت اخراج ما عدا هذا النوع، حملت يمينه على ما بقي بعد الإخراج، ومن شرط النية المخصصة ان تكون)[1] منافية لمقتضى اللفظ بخلاف المقيدة، وقاله الأئمة، وهذا مقام لا يحققه اكثر مفتي العصر.

---

1) ما بين القوسين سقط من (ي).

المدرك الثاني: السببُ المنير لليمين، ويسمى البساط، وفي (الجواهر): هو عندنا معتبر في تخصيص اللفظ لِبعض معانيه، وتعميمه فيما هو أعم من مسمى اللفظ، نحو قول الحالف: لا شربت لك ماء من عطش، عقيب كلام يقتضي المنة، فإنا نحمله على عموم ما فيه منة لأجل السبب المؤثر لليمين، وقاله ابن حنبل خلافا لـ(ش وح). لنا: ان اللفظ بعد انضمامه للسبب يصير ظاهرا فيما ذكرناه فيحمل عليه، كالعرف مع اللفظ بجامع موجب الظُّهور[1] ولقوله تعالى: ﴿ولا تُظْلَمون فَتيلاً﴾ (النساء: 77) ﴿فمن يَعْملْ مِثقَالَ ذَرَّةٍ خَيْراً يَرَهُ، ومَن يَعْمَلْ مِثْقالَ ذَرَّةٍ شَرّاً يَرَهُ﴾ (الزلزلة: 7) والمراد: العموم، فالتنبيه ببعض انواع الشيء أو افراده عليه كلام عُرفي معلوم، وقرينة تقديم السبب تصيره نصاً أو ظاهرا في ذلك المعنى يستغني بظهوره عن النية كسائر الظواهر، وتمسك بعض الأصحاب بتخريجه على خلاف العلماء في ورود الخطاب عقيب السّبب، هل يحمل عليه أم لا؟ وهو غير مستقيم، لأن الخلاف ثمة إنما هو: هل يختص بالسبب أو ينظر الى عموم اللفظ؟ اما تعميم الحكم فيما هو أعم من اللفظ فلم يقل به احد ثمة، فلا يستقيم التخريج.

تفريع، في (الكتاب)[2]: لو من عليه بهبة[3] فحلف لا يأكل من لبنها ولا لحمها، حنث بما اشترى من ثمنها اكلا أو لباسا، بخلاف غير ثمنها، الا ان يكون نوى أن لا ينتفع منها بشيء.

المدرك الثالث: العرف، وهو قسمان: فعلي[4] وقولي، والقولي قسمان، في المفردات والمركبات، وعرف المفردات قسمان: في بعض افراد الحقيقة اللغوية، واجْنبي منها، فالفعلي هو: غلبة ملابسة بعض أنواع مسمى اللفظ، وهو غير مقدم على اللغة ولا معارض للوضع، كما لو حلف الملك: لا يأكل خبزاً. وعادته: أكل الحُواري ولا نية له، فإنه يحنث بالجريش، لأن اللفظ لم يختص بالحوارى، والأصل:

---

1) في (د): الظهار.
2) في (ي): اللباب.
3) في (ي): بلبن شاة.
4) في (ي): فعلي وحكمي وقولي.

اعتبار اللغة، والقولي في بعض افراد الحقيقة كلفظ الدابة غلب استعماله في الحمار حتى صار لا يفهم من اللفظ غيره، وكذلك الصلاة وسائر العبادات. واصطلاحات ارباب العلوم والصناعات، والأجنبي من الحقيقة نحو: لفظ الغائط، فانه المكان المطمئن، وغلب استعماله في الفضلة الخارجة من الإنسان، وهي ليست بعض المواضع المطمئنة، وعرف المركبات: كغلبة استعمال مركب مخصوص، ومعنى مخصوص: في سياق[1] مخصوص، حتى يصير اشهر فيه مما لا تقتضيه لغة كقول القائل لغريمه: لأقضينَّك في رأس الشهر في قصد عدم التأخير عن هذه الغاية دون التأخير الى رأس الشهر، وقول القائل لامرأته: والله[2] لا كسوتك، في إرادة التضييق دون خصوص الكسوة، حتى يحنث بدفع الدراهم اليها، وهذا القسم من العرف غير بساط اليمين، فان البساط[3] حالة تتقدم الحلف تختلف في صوره، وهذا العرف يعلمه[4] من نفس اللفظ المركب مع الجهل بالحالة كيف كانت، فالعرفُ القولي كله مقدم على اللغة، لأنه عليه استعمال اللفظ في غير المسمى[5] اللغوي، فهو ناسخ للغة، والناسخ مقدم على المنسوخ، بخلاف الفعلي ليس معارضا للفظ النية، ففرق بين غلبة استعمال اللفظ في غير مسماه، وبين غلبة ملابسة بعض انواع مسماه فَتَفَطَّن لهذه المدارك، فهي حسنة.

تفريع: في (الكتاب): الحالف: ليقضينه حقه غداً، فقضاه اليوم، برَّ خلافاً لـ(ش)، قال ابن يونس: قال مالك: لو سأله قرض خمسةَ عَشر،فحلف ليس معه الا عشرة، فوجدهاتسعة، لا يحنث،لأن المقصود فيالعادة :ليس معنا[6] الا عشرة فما دون، ولو وجدها احد عشر حنث: قال ابن القاسم: الحالف لا يبيع بمائة دينار يزاد للمائة دينار وللخمسين نصف دينار، إلا أن تكون له نية، وقال ابن عبد الحكم: يبر بأقل من ربع دينار، وفي (الكتاب): الحالف: لا يكسو زيدا او

1) في (ي): سابق.
2) في (ي): لامرأته وامه: لا كسوتك، وفيه تصحيف.
3) في (ي): فإن بساط اليمين.
4) في (ي): يفهم.
5) في (ي): مسمى، وفي (د): المشي، وهو تحريف.
6) في (ي): معي.

امرأته، فاعطاه أو اياها ما اشترى به ثوبا حنث. وان افتك ثيابها من الرهن حنث، ثم عرضتها[1] عليه فقال: امحُها، وأرى ان لا يحنث (ان واشرا[2] ثوب اوهبه ولا حنث).

نظائر: المحوات في (الكتاب) أربعة: هذه، واذا ولدت الأضحية فحسن أن يذبح معها ولدها، وإن أبى لم أر ذلك عليه، ثم قال: امحُها واترك: ان ذبح[3] فحسن، قال ابن القاسم: ولا أرى ذلك عليه واجباً، ولا يجوز نكاح المريض والمريضة ويفسخ وإن دخلا، وكان يقـول: لا يثبت وان صحا، فمحاهُ وقال: يثبت، وإذا سَرَق ولا يمين له، أو له يمين شلاء، قال: تقطع رجله اليسرى، ثم قال: امحها، بل يده اليسرى، وبالأول قال ابن القاسم: قال: والحالف: لا يهب لأجنبي او امرأته دنانير، فيكسوهما، أو يعطي الرجل فرسا اوعرضا: يحنث، لأن المقصود بهذا في العادة تجنبُ النفع، فان نوى الدنانير دون غيرها نُوِّي في الزوجة دون الرجل، لأن العادة كراهة دفع الذهب للنساء لسُوء نظرهن، قال ابن يونس: ينوَّى - عندي - في الرجل كالمرأة إذا علم من حاله سوء نظره في الذهب، قال ابو محمد: انما يعني في الزوجة غير الثياب اللازمة، اما اللازمة: فلا يحنث، وفي (البيان): الحالف لَيُوفينه حقه بموضع كذا فلم يجده، قال ابن القاسم: لا شيء عليه.

المدرك الرابع: مقتضى اللفظة لغة، في (الجواهر): المشهور: ترتيب هذه المدارك في الإعتبار على ما تقدم، إن فقدت النية فالبساط، فإن فقد فالعرف، فإن فقد فاللغة، وقاله (ش) و (ح)[4]، وقال ابو الطاهر: ان فقدت النية والبساط: فهل يُحمَل اللفظ على اللغة أو العرف أو مقتضاه شرعا إن وجد؟ ثلاثة اقوال، قال ابو الوليد: هذا في المظنون، أمّا المعلوم كقوله والله لأرينهُ النجوم بالنهار، ونحوه، فلا خلاف انه يحمل على ما علم من ذلك من المبالغة دون الحقيقة، قال اللخمي: اذا

---

1) في (ي): عرضها.
2) ما بين القوسين رسم كما هو في (د) ومكانه بياض في (ي). ولعله: ان شرى ثوبا او وهبه، والا حنث.
3) في (تي): ان ذبحها.
4) بياض في (د).

اجتمع البساط والعادّة واللغة: قيل: يحمل على اللغة دون البساط والعادة، وقيل: على البساط دون العادة، وقيل: عليهما.

تفريع على هذا المدرك: في (الكتاب): الحالف: لا يلبس ثياب فلان، ولا يسكن داره، ولا يأكل طعامه، فاشترى ذلك منه، وفعل ما حلف عليه، لا يحنث الا ان يكره[1] تلك الأشياء لمعان فيها، وان انتقلت اليه بالهبة دون[2] الصدقة ففعل فيها ذلك حنث ان كان الحلف لدفع المنة، ولو اطعم المحلوف ولَد الحالف خبزا فأكل منه الأب غير عالم حنث، وفي (النكت): قال بعض القرويين: إن كان الأب موسرا له رد ما وهب[3] للصبي حنث، والا فلا، وهو معنى قول مالك: والعبد والولد سواء، الا ان يكون على العبد دين فليس له رد ما وهب له، قال التونسي: ولم يفرق مالك، ولعله أراد أن ذلك يسير، للأب رده، اما ماله بَال لا يقدر على رده، فلا ينبغي الحنث، وان حلف لا ينتفع بشيء من مال فلان، فأطعم فلان ولد الحالف، فإن كان يسيرا لا يدفع عنه مؤنة ابنه لم يحنث، والا حنث، قال ابن يونس: قال سحنون: يحنث[4] بالولد دون الأب ولم يفصل، قال مالك: والحالف بالطلاق: لا يأكل طعام فلان، فاشتريا طعاما فأكلاه، يحلف ما اراد الا طعاما خالصا، ولا شيء عليه، قال اصبغ: لا يحنث اذا أكل مثل طعامه فأقل، وفي (الكتاب): الحالف لزوجته: لا تخرج الا بإذنه فأذن لها في سفر او حيْث لا تسمعه واشهد، فخرجت بعد اذنه، وقيل: علمها باذنه، فإنه حانث خلافاً لـ(ش) لأنها خرجت بداعيتها[5] لا باذنه، والحالف لا يأذن لها الا في عيادة مريض، فخرجت باذنه ثم مضت[6] الى حاجة اخرى لم يحنث، لأنّ ذلك بغير اذنه الا ان يتركها بعد علمه، وقال (ش): اذا قال لها: ان خرجت بغير اذني فأنت طالق، فخرجت مرة

---

1) في (ي): الا ان يكون.
2) في (ي): او، وهو الصواب.
3) في (د): اكل.
4) في (ي): قال سحنون: الطعام ملك الولد دون الأب.
5) في (ي): بدعايتها لجيادته.
6) في (ي): ذهبت.

بإذنه، انحلت اليمين، فان خرجت بعد ذلك بغير إذنه لم يحنث خلافا[1] لـ (ش) ولـ(ح) لنا: أن اليمين لا تنحلّ إلا بالحنث، ولم يحنث.

قاعدة. الإستثناء من النفي إثبات، ومن الإثبات نفي لغة، ومقتضى ذلك أن الحالف حلف على أمرين: الإثبات والنفي، فيكون معنى قوله: لا آذن لك الا في عيادة مريض: والله لا تخرجين للمريض الا بإذني، والله لا آذن لك في غيرها، فإن خرجت للمريض بغير إذنه حنث، وكذلك اذا قال: والله لا لبست ثوبا الا الكتان، ينبغي ان يحنث اذا لم يلبس الكتان وقعد عريانا، وبه قال الشافعية خلافا لنا، قال صاحب (القبس)[2] في كتاب الصلاة منه: حلف شخص بالبيت المقدس: لا لعبت معك شطرنجا الا هذا الدست، فجاء رجل فخبط عليهم ذلك الدست. قال: اختلفت فتاوى الفقهاء فيه حينئذ فأُفتي بعض الشافعية بعدم حنثه، وأفتى غيرهم بحنثه، واجتمعت بعد[3] ذلك بالطرطوشي فأفتى بعدم الحنث، حجتنا من وجوه: الأول: ان هذا استثناء اثبات من الحلف لا من المحلوف عليه، فيكون الكتان غير محلوف عليه، فلا يحنث، ويؤكده ان قبل النطق بإلاَّ كان حكم اليمين مُتقررا، فقد تقدم قبلها امران: حكم اليمين، وكونه محلوفا عليه: فليس صرف الإستثناء الى عدم اللُّبس بأولى من صرفه الى الحلف، بل الحلف اولى، لأن الأصل بَراءة الذمة من الكفارة، الثاني: سلمنا انه استثناء من نفي ـ وهو عدم اللبس ـ فيكون مخبرا عن اللبس فيما بعد(الا)، لكن لا يلزم أن يكون محلوفا عليه لأن الأصل عدم تعلق اليمين بأكثر من واحد، الثالث: قدمنا أنه يقتضي في اللغة ان ما بعد (الا) محلوف عليه، لكن اذا لم تكن (الا) بمعنى غير وسواء، فانها تستعمل بمعناها لقوله تعالى: ﴿لَوْ كَانَ فِيهِمَا آلِهَةٌ إِلَّا اللَّهُ لَفَسَدَتَا﴾ (الانبياء: 22) اي غير الله، وعلى هذا التقدير يكون المحلوف عليه هو اللبس الموصوف بكونه مغايراً للكتان، والكتان ليس داخلاً فيه. الرابع: سلمنا انها ليست للصفة، لكن العرف

---

1) في (د): خلافا لـ(ش)، لنا ولـ(ح): ان اليمين تنحل الا بالحنث، وفيه تحريف.

2) القبس في شرح (موطأ) مالك بن أنس لأبي بكر بن العربي المعافري المالكي، يوجد مخطوطاً وقد حقق وأعد للطبع.

3) في (ي): مع، وهو تحريف.

اقتضى أن ما بعدها ليس محلوفا عليه، فإنه لا يفهم عرفا الا ذلك، والعرف مقدم على اللغة.

تفريع: قال اللخمي: قال محمد: الحالف: لا خرجت بإذني، ثم قال: اخرجي حيث شئت، فخرجت لم يحنث، وان قال: لا خرجت لموضع الا بإذني، ثم قال: اخرجي حيث شئت فخرجت حنث، وقيل هو كالأول، وان اذن لها ولم تخرج حتى منعها حنث، قال مالك: وان خرجت ثم رجعت لحاجتها (ثم خرجت)[1] لم يحنث، وان رجعت رفضا لخروجها حنث، وقال ابن القاسم: هو حانث، ولم يفرق، قال ابن حبيب: ان لم تبلغ الموضع الذي خرجت اليه، لم يحنث،والاحنث، وانحلف:لا خرجتِ الا بإذني فرآها تخرج ولم يمنعها حنث، وان حلف: لا أذنتُ لك فرآها ولم يمنعها فإن أراد منعها من الخروج حنث، وإن حلف: لا خرجتِ الا لعيادة مريض بإذنه، فخرجت لغير مريض أو لمريض بغير اذنه حنث، قال ابن القاسم: القائل: انتِ طالق ان خرجت الى اهلك فخرجت ولم تبلغ اهلها حتى ردها حنث، لأنها قد خرجت لهذا الغرض.

تفاريع اثنا عشر

الأول: في (الكتاب):الحالف: لا يلبس هذا الثوب فيقطعه قباء أو قميصا أو غيره يحنث بلبسه، الا ان يكرهه لضيقه، وان اتزر به أو لف به رأسه أو جعله على منكبه حنث، ولوجعله في الليل على فرجه ولم يعلم لم يحنث، لأن هذا ليس لُبسا، قال ابن يونس: من سما اشهب: إنْ حلف ان لا يضطجع[2] على فراش ففتقه والتحف والتف به حنث الا ان يكرهه لحشوه[3].

الثاني: في(الكتاب) :الحالف: لا يركب دابة فلان فركب دابة عبده يحنث، اذ لو اشترى العبد من يعتق على سيده عتق، وقال أشهب:لا يحنث.

---

1) زيادة من (د).

2) في (ي): ان حلف: لا يتضبع على برنس.

3) في (ي): لحصره.

الثالث، في (الكتاب): ان الحالف لا ثوب له،وله ثوب مرهون فحنث كان فيه فضل أم لا، وان[1] حلف،ليعلمنه او ليخبرنه بكذا فعلماه جميعا لم يبر حتى يعلمه او يخبره، وان كتب اليه أو أرسل به اليه بر، ولو[1] احلفه ليكتمن سره، ثم أسره المسر لآخر، ثم ذكره الآخر للحالف فقال له: ما حسبت انه أسره الى غيري حنث، والحالف: لا يتكفل بالمال يحنث بالكفالة بالنفس لأنها كفالة بالمال، إلا ان يشترط عدم المال لا يحنث،والحالف:لا يتكفل لفلان فتَكَفَّل لوكيله ولم يعلم انه وكيله، لم يحنث، والحالف: لَيَضْرِبَنَّ عبدَه مائة سوط فيجمعها ويضربه بها ضربة واحدة لم يبر، وقاله ابن حنبل خلافا لـ(ش) و(ح) لأنه ضرب بمائة سوط (ولم يضربه مائة سوط)[2]، وكذلك لو ضربه بسوط له رأسان خمسين،أو ضربه ضربا غير مؤلم، لأن العرف يفرق بين الضرب والمس بالإيلام.

الرابع: في (الكتاب): الحالف: ليقضينه حقَّه الى أجل، فقضاه فوجد فيه نقصاً بيناً أو دانقاً، لا يجوز،او استحق من يده فطالبه بعد الأجل حنث،والحالف: لا يفارقه الا بحقه فأحاله، ثم وجد فيه ما ذكرناه بعد المفارقة يَحنث،ولو أعطاه عرضا يساويه بر، ثم استثقله مالك،وبالأول قال ابن القاسم، والحالف: لا يفارقه الا بحقه ففر منه أو افلت حنث، الا ان يكون معنى قوله:لا أتركه إلا أن يفر أو أغلبَ عليه.

الخامس: في (الجواهر):الحالف: لا يفارق غريمة الا بحقه لا يبر بالكفيل والرهن والحوالة،والحالف:لا يفارقه الا بنفقة يبر بالثلاثة،والحالف:لا يفارقه وبينه وبينه معاملة يبر بالحوالة دون الكفيل والرهن.

السادس: قال ابن يونس:الحالف:ليبيعن عبده الى أجل فباعه قبل الأجل فرد بعيب ففي تحنيثه اقوال: ثالثها: التفرقة بين علمه بالعيب فيحنث أو عدم علمه فلا يَحنث، وقال عبد الملك: الحالف: لا ينفعه ما عاش، فمات فكفنه حنث، لأن الكفن من توابع الحياة، وكذلك لو حلف: لا يدخل عليه ما عاش

---

1) في (د): ولو.

2) زيادة من (ي) ولا بد منها.

خلافا لسحنون، ولو حلف: لا ينفعه فنفع بنهي عن شتمه لا يحنث، لأنه دفع ضرر لا تحصيل نفع، بخلاف ما لَو خلَّصه من يَدِ خَصمه، قال محمد: ولو أوصى به بوصية ثم رجع عنها حنث.

السابع: في (الكتاب): الحالف لامرأته: لا قبلتكِ أو ضاجعتك، فقبلته من ورائِه أو ضاجعته نائما[1] لا يحنث الا ان يسترخي للقبلة، والحالف: لا قبلتني او ضاجعتِني يحنث مطلقا.

الثامن: في الحالف ليقضينه رأس الشهر، أو عند رأس الشهر، أو إذا استهل فله يوم وليلة اول الشهر، وان قال: الى رمضان أو الى استهلاله حنث بمجرد الاستهلال، ولم يبرْ بهبة[2] الحق أو اسقاطه صدقة أو صلة، لأنه ليس نقصاً، وان مات رب الحق قبل الأجل دفعه لورثته، (أو وصية أو رق للسلطان قبل الأجل، والحالف: لا يهبه يحنث بالصدقة والعارية ونحوهما الا ان تكون له نية)[3]، قال ابن يونس: قال التونسي: حنثه بالاستهلال، ولم ير ذلك في المساكنة، وكان يجب أن يكون القضاء موسعا ما دام يسمى هلالا، وهو ليلتان، وقيل في قوله: لأقضينك في آخر الشهر: أنه في عشرة أيام منه، والحالف: ليقضينه بكرة أو غدوة، ففيما بينه وبين نصف النهار، وقيل في بكرة: يعجل قبل ذلك، قال ابن القاسم: واذا لم يقل: الى شعبان، بل ذكر اللام، أو عند، أو لدى، فله ليلة يهل[4] الهلال أو يومه، وان قال: الى انسلاخه فبالغروب، أو عند انسلاخه، أو في انسلاخه، واذا انسلخ فليلة ويوم، وفي انقضائه أو في آخره هو كانسلاخه، وروي عن مالك ان الإنسلاخ والإستهلال أو رؤيته، كل ذلك يوم وليلة، قال ابن القاسم: ولأقضينك في رَمَضَان، لا يَحنث الا بغروب الشمس من آخره، قال اشهب: فإن قال: نصفه فأربعة عَشَر يوما لاحتمال نقصه، فإن قضى يوم خمسة عشر، حنث، وقيل: لا شيء عليه، لأنه النصف المعتاد، وقاله أشهب

---

1) في (د): قائما.
2) في (ي): ولو تبرأ بهبة.
3) ما بين القوسين ساقط من (د).
4) في (ي): مستهل.

ايضا، قال صاحب (البيان): قال ابن القاسم: الحالف ليقضينه في انسلاخ الهلال أو الى استهلال الهلال، أو الى رؤ ية الهلال، أو الى رمضان، أو في آخره، أو في انقضائه، أو الى دخول الهلال، أو عند آخر الهلال، أو الى ذهاب الهلال، أو الى رأس الهلال، أو في رمضان وهو فيه، أو الى حلول رمضان، حنث في جميع ذلك إذا غربت الشمس، ولو قال: حين محله او مجيئه او لمجيئه، أو الى مجيئه فكذلك، ولو قال: حين ينقضي، أو حين يستهل، أو حين يذهب، او اذا استهل، أو عند رؤ ية الهلال، أو اذا ريء الهلال، أو في رؤ ية الهلال، أو عند قضاء رمضان، أو اذا دخل رمضان، فله يوم وليلة، فهي نحو خمسين صيغة[1] تختلف بحسب اللغة يحنث[2] فيها بغروب الشمس،سواء سمى معها آخر شعبان، أو أول رمضان، واذا لم يذكر (الى) فيا اقتضى الفعل قبل تمام شعبان فكذلك، أو بعدتمامه :فله يوم وليلة من أول رمضان، ومنها ما هو بيّن، ومنها ما هو مشكل، نحو قولك: لحلول رمضان،فحنث بغروب الشمس بخلاف: لمجيئه ولرؤ يته، له يوم وليلة، قال: وما بينهما فرق، ونحو قوله، عند آخر الهلال: يحنث بغروب الشمس، وعند انسلاخ الهلال :له يوم وليلة، وجعل ابن كنانة فيما جعل فيه ابن القاسم يوما وليلة من الغروب الى الضحى حتى تقوم الأسواق،ويشهد الناس على حقوقهم، قال ابن القاسم: الحالف ضحى: لا يكلمه يوما، يكف عن كلامه الى مثل ذلك الوقت، ولو قال: اياما: امسك ذلك العدد الى ذلك الحين، وقيل: يكفي بقية ذلك اليوم، والحالف بالنهار: لا يكلمه ليلا، أو بالليل: لا يكلمه نهارا، لم يكن عليه الإمساك بقية يومه أو ليلته، ولسحنون في الحَالف: لا يكلمه ليلة: يكمل على بَقية ليلته، واوله بهذه الليلة، ويلزمه ذلك في اليوم، وقال فيه: لا بد من النهار والليلة، جنوحاً الى القول بأن الليل من الطلوع الى الطلوع، ومن الغروب الى الغروب، وهو مخالف لقوله تعالى: ﴿سخَّرهَا عَلَيْهِمْ سَبْعَ لَيَالٍ وَثَمانِيَةَ أَيَّام﴾ (الحاقة: 7) بَل متى حلف :لا يكلمه ليلا اجتنب الليل أبدا، أو نهارا اجتنب النهار ابدا، الا ان

---

1) في (ي): مسألة تحتسب.

2) في (ي): فالى يحنث.

يِنوي التخصيص، واذا حلف ليفعلن قبل البيات: قال ابن القاسم: هو الى ثلث الليل الأول، لأنه المقصود عادة، وقال اصبغ: الى غروب الشمس، نظرا الى اللغة، وان حلف نهارا فإلَى هدُوّ الناس إن حَلَف عشاء قال: والصواب الى نصف الليل، لأن الرجل لا يكون بائتا في المكان الا اذا أقام اكثر من نصف الليل، ولذلك يسأل: اين تبيت؟ اذا لقي قبل نصف الليل، ويقال له بعد: أين بت؟

التاسع، في (البيان): المحالف: لا يشتري اكثر من عشرة فاشترى هو وشركاؤه ثلاثين، قال ابن القاسم: لا يحنث اذا قاسَمهم فحصل له عشرة فاقل، وإلا حنث، والحالف: لا يأكل ديكاً لا يحنث بالدجاج، وبالعكس يحنث[1] لأن الديك أخص من الدجاج، أو لا يركب فرسا حنث بالبرذون بخلاف العكس، والحالف: لا يأخذ منه درهما فأخذ ثوبا فيه دراهم[2] لا يعلم بها حنث عند ابن القاسم لوجود الأخذ خلافا لأصبغ، ويأتي فيه قول ثالث من السرقة: إن كان شأنه وضع الدراهم فيه حنث وإلا فلا، والحالف: لا يدخل بيتَ فلان أبدا فمات فلا يدخله حتى يدفن لبقاء صدق الإضافة، والحالف: ليقضينّه في الربيع أو في الصيف أو الخريف او الشتاء: قال ابن القاسم: الربيع قبل نزول الشمس الحمل بنصف شهر، وتكمل له ثلاثة أشهر، ثم يبتدىء الصيف، ثم بقية الفصول كذلك، وقال ابن حبيب: الربيع قبل نزول الشمس الحمل بشهر، ثم تترتب الفصول على ذلك، لكل فصل ثلاثة اشهر شمسية، قال: وهو اعدل من القول الأول، لأن الربيع يرجع الى اعتدال الهواء، وآخر كل فصل شبيه بما يليه في الحر والبرد، قال ابن القاسم: وان حلف الى الحصاد لا يَحنث بآخره، لأن الغاية (تدخل في المغيا، والحالف: لا يدخل حتى يأكل زيدٌ، أوْ لا يبيع حتى يَبيع ففعلا ذلك معا، حنث، لأن الغاية)[3] شأنها التأخير، قال ابو الطاهر: الحالف: ليفعلن في العيد أو الى العيد، قيل: تدخل ليلة العيد، لأن الليل سابق النهار، وقيل: له

1) (يحنث) سقطت من (د).
2) في (ي): درهم لا يعلم به.
3) ما بين القوسين ساقط من (ي).

صلاة العيد والإنصراف منه، وفي انتهاء العيد ثلاثة اقوال، بانقضاء يومه، بانقضاء ثلاثة ايام التفرقة بين الأضحى، فله ثلاثة أيام، وبين الفطر فينقضي بانقضاء يومه،

العاشر: قال صاحب (البيان): إذا حلف عبد ليقضين[1] غريمه إلى أجل فقضاه قبله من عَين سيده أو سرقة من ماله، إن علم السيد قبل الأجل فأنكر لم يبر بهذا القضاء، وإلاّ بَرَّ، وان لم يعلم الا بعد الأجل: فثلاثة اقوال: الحنث لابن القاسم، أجاز السيد أم لا، وهو ظاهر (الكتاب) فيما اذا استحق ما قضى، لأنه وان أجاز فهو[2] بعد الأجل، وعكسه لأشهب لحصول القضاء في الأجل، والتفرقة لابن كنانة بين إجازة السيد فيبرأ، والاّ فلا، وهذا إنما هو اذا قامت بينة على عين النقد، أما اذا لم تقم بينة أو قامت وقلنا: النقدان لا يتعينان برَّ العبد، ورجع السيد على عبده أو غريمه.

الحادي عشر: قال ابن يونس: قال ابن القاسم: الحالف: لأقضينك غداً يوم الجمعة أو يوم الجمعة غداً أو ذلك ظنه وظهر يوم الخميس[3]، إن لم يقض فيه حنث، لأنه التزم المشار اليه، وان قال: عند صلاة الظهر فإلى آخر القَامَة، فإن قال: قبل أن أصلي فإلى انصراف الناس من الجامع، وان لم يصل هو، فإن لم يكن لهم مسجد جماعة، فإلى آخر الوقت، قال ابن حبيب: اذا وهب له لحق قبل الأجل، أو تصدق به عليه فقبله حنث، ولا ينفعه القضاء قبل الأجل، فإن لم يقبله وقضاه بر، ولا قيام له بالهبة أو الصدقة، إلا أن لا يظهر[4] منه رد ولا قبول، وان ورثه الحالف لا يحنث لأنه مكروه، واستحسن في (العتبية) أن يقضيه الإمام ثم يرده عليه، قال محمد: ولو حلف: ليقضينه حقه، أو ليرهننه فقضاه النصف ورهن النصف بر، (ولو حلف ليقضينه أو يرهننه داره فقضاه النصف ورهن نصف داره[5]) حنث، لأنه اولا حلف على مسمى القضاء او الرهن من غير تقييد، وقد

1) في (د): ليضيفن، وهو تصحيف.
2) في (د): فإنه.
3) في (د): الجمعة.
4) في (د): الا ان يظهر.
5) ما بين القوسين سقط من (ي).

فعل، وثانيا التزم الرهن في جملة الدار بدلا عن القضاء ولم يقض جملة الحق ولا فعل بدله، واذا غابَ الطالب واحتجب عنه السلطان، أو خشي من طلبه فوات الأجل، أو كان بقريةٍ ليس فيها سلطان، دفعه الى عدول وأَشْهد على ذلك، قاله في (الكتاب): خلافا لسحنون، وقاله مالك ايضا إن لم يجد سلطاناً مأمونا ودفع الى ثقة من أهل الطالب أو وكيل ضيعته، أو الى أخيه، بَرّ، ولكنه يضمنه الى وصوله الى ربه، وقيل: إن دفع لبعض الناس من غير عذر بَرّ، قال مالك: وان دفعها الى الإمام يأكلها عالماً بذلك ضمن، وإن لم يعلم فلا،ولا يحلف[1]، قال ابن حبيب: فإن غاب الحالف وأراد بعض اهله تخليصَه من الحنث بالدفع من ماله أو من مال نفسه، لم يبر إلا أن يوصي بذلك قبل الأجل، قال ابن القاسم: وكذلك وكيله على البيع والشراء، لا يبرأ بدفعه اليه إلا ان يأذن له، قال ابن حبيب: وإن[2] جُن الحالف قبل الأجل قضى عنه الإمام وبريء، لأنه وكيل المحجور عليهم، فإن لم يفعل حتى مضى الأجل لم يحنث، قياساً على عدم انعقاد يمينه. وحنثه أصبغ نظرا الى انعقاد السبب حالة التكليف وهو اليمين، قال ابن القاسم: فلو كان الحق عبداً فاستُحق أو ظهر البيع حراما، أورد بالعيب، لا يبر حتى يوفيه ثم يرده اليه، والحالف: لا يضَع فيُنظر، حنثه مالك، لأن النظرة إسقاط في المعنى، وقيل: لا يحنث لاستيفاء جملة حقه، قال: وفي (الكتاب): لأقضينلك حقك يوم كذا إلا أن تشاء،فمات الطالب، صح تأخير الوارث الكبير، ووصي الصغير، إن كان لا دين عليه، لأنه حق ينتقل للوارث، وقال ابن القاسم: يجزئه تأخير الغرماء ان أحاط الدين بماله، ولو مات الحالف قبل الأجل لم يحنث، وليس على الورثة يمين، ولا حنث، والحالف: لا يفعل كذا الا بإذن زيد فمات زيد لم يجزه اذن ورثته، لأنه ليس حقاً للميت حتى ينتقل الى الورثة[3]، ولو علق على إذن الأمير فمات الأمير أو عزل نَابَ إذنُ الذي يلي بعده، ولا يفعل الا باذنه إن كان تحليف الوالي له نظراً وعدلا.

---

1) في (د): ويحلف.
2) في (د): ولو جن الحالف... وقضى.
3) في (ي): لورثته.

الثاني عشر : قال صاحب (البيان) : الحالف ليقضينه صدرا من حقه، قال مالك: الصدر: الثلثان، قال: ولو قيل: النصف لكان وجها، وقال ابن نافع: الثلث. والحالف: لا يبيع عبدا رهنه فباعه عليه السلطان، يجري على الخلاف في حنث الحالف: لأفعل فعلا فقضى عليه السلطان به، واذا قلنا بِحِنثه لم ترجع اليمين عليه الا على القول بان المالك الثاني عبد ثان.

المدرك الخامس: كون المحلوف عليه مخالفاً للشرع، وفي (الكتاب): الحالف: لَيَقتُلَن فلانا فلا يفعل، ويكفر عن يمينه، أو يطلق، أو يعتق إن حلف بذلك[1]، ورفع الى الحاكم، فإن أجترأ وفعل قبل النظر في أمره بر، لأن حنثه كان تقديرا شرعيا، والمحسوس المناقض للمقدر يبطله لأنه اقوى منه، والا فالحانث محققا لا ينقلب بارا، فإن ضرب أَجَلا فهو على بر وطلاق[2] حتى يحل الأجل، قال ابن يونس: المشهور: أن الحاكم انما يطلق عليه او يعتق اذا كان الطلاق المحلوف به ثلاثاً، أو تتمتها[3]، والعتق معين، اما الواحدة وغير المعين :فلا فائدة في تعجيل ذلك، لأنه لم يتعين الحنث، وروي عن مالك :التسوية في العتق.

المدرك السادس: العَزم على عَدَم الفعل[4]، وهو على حنثه، وفي (الكتاب): ان قال: انت طالق واحدة ان لم اتزوج عليك فعَزم على عَدَم التزوُّ :[5] طلقها وارتجع وبر، وقال (ش): لا يحنث بالعَزم، لأن حنثه مغيا بانقضاء العُمر فلا يحنث قبل ذلك، وجوابه: أنه الآن في عُهدة ما حلف عليه، فلا بد في بره من فعله أو العَزم على الفعل، كما قلنا في العبادات الموسعة :لا بد من بدل وهو العَزم، وكما أنه في باب العبادات اذا عَزم على عدم الفعل في جملة الوقت تتحقق مخالفتُه للأمر، فكذلك تتحقق مخالفته ها هنا لليمين، ومخالفة اليمين هو[6] الحنث فيَحنث إلا ان

1) في (ي): بالكل ورجع الى الحاكم.
2) في (ي): مطلقا.
3) في (ي): او تتميا.
4) في (د): الحنث.
5) في (ي): التزويج.
6) في (ي): على.

يضرب أجلا، فليس له تعجيل الحنث لأنه الآن ليس في عُهدة اليمين حتى ينقضي الأجل، قال صاحب (البيان): المشهور في الحالِف ليفعلن انه مغيابا لعُمر، وروي عن مالك أنه على التعجيل، إلا أن ينوي التأخير، فإن أخر و لم ينو حنث، وهو قول ابن كنانة.

فرع، في (الكتاب): الحالف اذا كان على حنث حِيلَ بينه وبين امرأته، لأن سبب تحريمها عليه ـ وهو الحنث ـ متحقق[1] في الحال، وانما الشرع جعل له رفع هذا السبب بالبِر، ولم يرفعه، واذا لم يترتب على السبب زوال العصمة، فلا أقل من منع الوطىء

المدرك السابع: تنزيل بعض المحلوف عليه منزلة كله في سياق البر دون الحنث، وله ثلاث صور، إحداها: أن يكون المسمَّى واحدا، ونحو: والله لا أكلت هذا الرغيف، ومع العطف نحو: لا كلمتُ زيدا ولا عمرًا، أو التثنية والجمع، نحو: لاَ كلمتُ الرجلين أو الرجال، وخالفنا الأئمة في الجميع، لأنه حلف على اجتناب مدلول اللفظ، فاذا ترك بعضه فقد وافق مقتضاه، لأنه يكفي في نفي كل مركب نَفيُ أَحد أجزائه، واذا كان موافقا كان بارا فلا يحنث وهو متجه للأصحاب[2]، مالك : الأول: طريقة الفرض والبناء، وهي[3] أن تقول في صورة العطف: لو قال: لاكملت زيدا ولا عَمرا حنث بأحدهما اتفاقا، واتفق ائمة اللغة على ان (لا) في العطف للأكيد، والتأكيد لا يزيد على حكم الأصل شيئاً، فكما يَحنث مع (لا) يَحنث مع عدمها، واذا ثبت الحكم في هذه الصورة عم جميع الصور، لأنه لا قائل بالفرق، ويرد عليه ان الخصم يمكنه فرض الكلام في الحقيقة الواحدة بالرغيف مثلا، وبين حصول موافقة اليمين بتركه لجزئه كما تقدم، ثم نقول: لا قائل بالفرق فينعكس المسلك بعينه للخصم، الثاني: أن القاعدة الشرعية أن الإنتقال من الحل الى الحرمة يكفي فيه أدنى سبب، ومن الحرمة الى الحل بالعكس، لأن العقد على الأجنبية مباح، فتذهب هذه الإباحة بعقد الأب عليها من غير وطىء، والمبتوتة لا

1) في (ي): محقق.
2) في (د): ولنا: اصحاب مالك...
3) والينا وهو، وهو تصحيف.

تذهب حرمتها الا بعقد المحلل ووطئه، وعقد الأول عليه، والمسلم محرم الدم، لا تذهب هذه الحرمة الا بالردة ونحوها، فاذا أبيح دمه يُحرم بالتوبة وهي أيسر من الردة والقتل والزنا والحرابة، والأجنبية لا يزول تحريم وطئها الا بالعقد المتوقف عليها وعلى الولي والزوج، واباحتها بعد العقد يكفي فيه الطلاق الذي يستقل الزوج به، وذلك كثير في الشرع، وكذلك الخروج الى الحنث، يكفي فيه ادنى سبب، والخروج منه الى البر يشترط فيه سبب أقوى وهو فعل الجميع، ويرد عليه: أنكم إن ادعيتموها كليةً فمعناها لاندراج صورة النزاع فيها، ولأنَّ الدعوى الكلية لا تثبت بالمثل[1] الجزئية، وان ادعيتموها جزئية فتحتاجون الى دليل آخر يوجب كون صورة النزاع كذلك، فان كان القياس فأين الجامع المناسب لخصوص الحكم، السالم عن الفارق[2]؟ أو غير القياس فبينوه، الثالث: اذا حلف لَيفعلَن فهو كالإِبراءِ، أولا يفعل فهو كالنهي، والنهي عن الشيء نهي عن اجزائه، فيكون فاعل الجزء مخالفا، والمخالفُ حانث، ويرد عليه: ان هذه القضية بالعكس، بل الأمر بالشيء أمر باجزائه كإيجاب اربع ركعات، والنهي عن الشيء ليس نهياً عن اجزائه كالنهي عن خمس ركعات، فَنَعم النهي عن الشيء نهي عن جزء، فإنه كالنهي عن مفهوم الخنزير، وهو نهي عن الخنزير الطويل والقصير وهذا وذلك، والأمر بالشيء ليس أمرا بجزئياته، كالأمر باعتاق رَقبة، ليس امراً باعتاق هذه وتلك فيثبت[3] ما بين حكم الأجزاء والجزئيات فلا يغتر بذلك.

واعلم أنه لا فرق عندنا بين جزء المحلوف عليه وجزء الشرط في ان كل واحد منهما يقوم مقام كله، مع انه قد وقع[4] في (الكتاب) مسألتان متناقضتان في كتاب (العتق) احداهما: قولهُ لأَمته: لَئِن[5] دخلتِ هاتين الدارين فأنت حرة، فدخلت إحداهما عتقت، والأخرى قوله لأَمتَيْه أوزوجتيه: ان دخلتما فأنتما حُرتان أو طالقتان

1) كذا.
2) في (ي): الفوارق.
3) فيثبت ان ما بين، وهو غلط.
4) في (ي): وضح.
5) في (د): إن.

فدخلت احداهما لم تعتق واحدة منهما وفي الصورتين (وُجد جزء الشرط)[1] مع ان اباالطاهر نقل في الأخيرة ثلاثة اقوال: يعتقان، لا يعتقان، تعتق الداخلة فقط، وفي (الجلاب): قول بعدم التحنيث تحرير[2] المحلوف عليه كقول الأئمة، وانما الإشكال على ظاهر (المدونة).

قال صاحب (البيان): القائل: ان رزقتُ ثلاثة دنانير صمت ثلاثة أيام، فرزق اثنين فصام ثلاثة ايام، ثم رزق الثالث، قال ابن القاسم: يستأنف الصيام، لأن الشرط الآن تحقق، وقول القائل: إن قضى الله عني ثلاثة دنانير صمت ثلاثة أيام: فَقَضى الله عنه نصفها وصام ما ذكر، ثم قضى الباقي أجْزأه ما تقدم، وكان يضعفه، قال: والقياس الأول، الا انه لاحظ خفة ثقل الدين وهو المقصود، وقيل: يصوم بقدر ما قضى عليه، فتحصل ثلاثة اقوال، وهذا ايضا على خلاف القاعدة،

قال ابو الطاهر: الحالف بطلاق امرأته ان وضعت ما في بطنها، فوضعت ولداً وَبَقي آخر يحنث على المشهور، وقيل: لا يحنث، وان علق الطلاق على الوطء حنث بمغيب الحشفة، وقيل: على الانزال، وإن ألحق باليمين غير المحلوف عليه قصداً للإلحاق لزم[3] فيه اليمين والا فلا، وهذا يمشي على ان[4] القاعدة بخلاف ما أشار اليه صاحب (البيان) إلا ان يكون ذلك لخصوص عدد الثلاث، والله تعالى اعلم، وفي (البيان): ان حلف: لا يشهد حياته[5] ولا مماته فشهد جنازة ابنه[6] حنث، قال: لأن الحنث يقع بأدنى الرجوع.

تفريع

قال اللخمي: قال محمد: إذا قال: لا اكلت هذا الرغيف كله، حنث ببعضه، ولا ينفعه قوله: كله، لأنه تأكيد، فلا يزيد على حكم الأصل، وخالف

1) ما بين القوسين سقط من (د).
2) كذا في (ي) وفي (د): بحر.
3) في (د): يلزم.
4) في (ي): على القاعدة.
5) في (ي): محياه.
6) في (د): جنازة انه حنث.

ابن سحنون، وقال ابو الطاهر: بل التصْريح بالكل يرفَع الخلاف، كما ان التصريح بالبعض يرفع الخلاف.

وفي (الكتاب): الحالف: لا أجامعكن[1]، حنث بوطىء واحدة؛ قال صاحب (البيان): الحالف: لا يتزوج يحنث بالعقد دون الدخول، واذا حلف؛ لا يركب دابة فلان، إن استوى بجسده عليها يحنث اتفاقاً، وان لم يقعد على السرج، وإن عمل رجلَه في الركاب واستقل وهو متعلق، ولم يضع رجلَه من الجهة الأخرى (لا يحنث اتفاقاً، وان وضع رجله من الجهة الأخرى)[2] ولم[3] يستو بجسده فقولان: الحنث ونفيُه[4] كالقولين فيما اذا حلف: لا يدخل الدار فدخل برجله.

(فرع)، قال: ولو[5] قال: انت طالق إن اعطيتني الوديعة فأعطته عشرة، فادَّعى ان الوديعة عشرون، طلقت في القضاء دون الفتياء، لأن غرضه الذي طلق لأجله لم يتم، كمن قال: انت طالق ان اعطيتني عشرة فأعطته خمسة.

المدرك الثامن: تعارض المقاصد والوضع اللغوي والشرعي، وانها تغلب، ففي (الكتاب): من حلف: لا يفعل شيئاً أو زماناً أو دَهراً، فذلك كله سنة، وقال (ش): يحمل على العُرف، فإن فقد فاللغة، وقال (ح) وابن حنبل: الحين ستة أشهر، لقوله تعالى: ﴿تُؤْتِي أُكُلَهَا كُلَّ حِينٍ﴾ (ابراهيم: 45) أي في كل ستة أشهر، وليس كما قالاه، بل النخلة تحمل ويكمل حملها في سبعة[6] أشهر، وهو أحد الوجوه التي شبهت فيها بالإنسان في قوله[7] عليه السلام: (اكْرِمُوا عمتكم النخلة) وروى ابن وهب عن مالك: تردده في الدهر هل هو سنة أم لا؟ وروي عن ابن عباس انه سنة،

---

1) في (ي): لأجامعكن، وهو تحريف
2) ما بين القوسين ساقطا من (د)
3) في (ي) وان لم
4) في (د): وباقيه، وهو تصحيف
5) في (ي): فإن
6) في (د): تسعة
7) رواه ابن عدي في الكامل (2424/6) وابو نعيم في (الحلية 123/6) والعقيلي في الضعفاء (350) وغيرهم عن علي بن ابي طالب باسانيد ساقطة حكم من اجلها على الحديث بالوضع (سلسلة الأحاديث الضعيفة) للألباني رقم 263

لقوله تعالى : ﴿تُؤتي أُكلَها كلَّ حينٍ﴾ إشارةً إلى أن التمرة اذا حَمَلت في وقت لا تحمل الا في ذلك الوقت وهو سنة ، قال اللخمي : هو مدة فيها طول دون السنة ، فإن عرف[1] فقال : الدهر أو العصر قيل سنة الأكثر في الزمان ، والدهر مدة الدنيا .

قاعدة: اللفظ انما يُقال له: شرعي إذا غلب استعماله عليه. يصير الفهم سابقاً الى ذلك المعنى دون غيره، أما اذا استعمل اللفظ الذي له[2] مسمى عام في بعض افراده مرة واحدة لا يقال له: شرعي ولا عرفي، بل ذلك شأن استعمال (اللغة[3]، فنقل لفظ) المعنى العام في افراد مسماهُ، والحين اسم لجُزءٍ مّا من الزمان وان قل، يصدق على القليل والكثير، واستعماله في بعض الصور في بعض افراده لا يصيره منقولاً لذلك الفرد. فالمتجه ما قاله (ش)، وأما مع التعريف فيتجه ما قاله الداودي، لأن اللام للعموم، قاله اللخمي[4]، وان حلف لا يكلمه اياماً أو شهوراً أو سنين فثلاثة من كل صنف سماه إلا ان يريد التطويل فلا بد من الطول، فان عرف باللام فقيل؛ سنة، لقوله تعالى: ﴿إنَّ عِدَّةَ الشُّهُورِ عِندَ اللهِ اثْنا عَشَرَ شَهراً﴾ (التوبة: 36) وقيل: الأبد، وعلى القول يحمل الشهور على شهور السنة، تحمل الأيام على الأسبوع، وان حلف: لا يفعل شيئاً في هذه السنة وقد مضى نصفها؛ قال مالك: يأتنف سنة إلا ان تكون له نية، قال: وفيه نظر، لأن الإشارة بهذه تقتضي التخصيص، وفي (الجواهر): الحالف ليهجرنه: فثلاثة[5] ايام، لأنها نهاية الهجران الشرعي، وفي كتاب محمد: شهر. لأنه محْدُود، وكثيراً[6] ما تقع الأيمان عليه فهو معتاد: ولو قال: لأطيلن هجرانه، قال محمد: سنة، وقيل: شهر، قال ابو الحسن: إن كانا صديقين: فالشهر طول، والا فقليل.

المدرك التاسع: تعارض المقصود من الشيء عرفاً أو لغةً. وفي (الكتاب): الحالف:

---

1) كذا في الأصلين. وفي الكلام غموض
2) في (ي): الذي يسمى عام، وفي (د): الذي له هو مسمى عام، وكلا منهما مصحف
3) ما بين القوسين سقط من (د)
4) في (ي): قال: وان حلف
5) في (ي): ثلاثة، وهو خطأ
6) في الأصلين: وكثير

لا يأكل من هذه الحنطة (او[1] هذه الحنطة) حنث بالخبز والسويق، لأنها كذلك تؤكل، وان حلف: لا يأكل من هذا الطلع حنث ببُسره ورطبه وتمره، إلا أن ينوي الطلع[2] نفسه، أو من هذا اللبن حنث بزيده الا ان تكون له نية، وقال (ح)[3]: لا يَحنث في الجميع لانتِقال الأسماء. لنا: ان صيغة (من) للتبعيض لغة. والزبد بعض اللبن، والتمر فيه اجزاء الطلع، ولذلك اجمعنا على الحالف: لا يأكل من هذا الرغيف، أنه يَحنث بلبابه منه، والحالف: لا يأكل بسر هذه النخلة، أو من بُسرها لا يَحنث بالبلح[4] لأنه لا يكون بَلَحاً، أو من هذهِ الحنطة، أو من هذا الطعام: يَحنث بما اشترى بثمنها من طعام، لأنه يصدق عليه أنه منها إلا ان يكون الشيء[5] فيهما من الرداءة .والحالف: لا يشرب هذا السويق فأكله يَحنث إلا ان ينوي الشرب، والحالف: لا يأكل سمناً فيأكل سويقاً لت بسمن يَحنث،وَجَدَ طَعمه أو ريحَه ام لَا، لأنه لو أريد استخراجه بالماء الحار لخرج، والحالف: لا يأكل خَلاً فأكَلَ مَرَقاً طبخ بخَل، لأنه لا يمكن استخراجه الا ان ينوي ما طبخ به، وقاله (ش) فيهما، قال صاحب (تهذيب الطالب): الحالف: لا يأكل عسلاً يَحنث بعسل القصب، وبالعسل مطبوخاً، وبالفالوذج وبالخبيص، وطعام فيه عَسل، ويحتمل على قول أشهب أن لا يَحنث بعسل القصب،لأنه ليس العادة .واعلم أن هذه المسألة تشكل على مسألة الخل في (الكتاب)، قال:ولم يفرق ابن القاسم بين وجود طَعْم السمن وعدمه، وفرق ابن ميسر، قال: ولو أن الدقيق والخبز لت بخل حنث ـ عندي ـ لأن اللت غير مستهلك، ووافق أشهب ابن القاسم في الخل واختلفا في السمن، وحنثه سحنون في الخل، وفي (الكتاب): الحالف: لا يأكل لحماً يحنث بالشحم خلافاً لـ (ش)، ولو عكس لا يَحنث باللحم، لأن الله تعالى حرم لَحم الخنزير فحرم شَحمه. وحرم على بني اسرائيل الشحم ولم يحرم اللحم، ويحنث

---

1) زيادة من (ي)
2) في (ي): وكذها
3) مكان (ح) بياض في (ي)
4) في (د): النخل، وهو تصحيف
5) كذا

بلحم الحوت، أولاَ يأكل رؤساً أو بيّضاً، حنث برؤس السمك وبيضها، خلافاً لـ (ش)، لأن لفظ الرؤس والبيض لم يختص في العرف ببعض انواعها، بل من قال: رأيت رأساً، يقال له: رأس أي شيء، ويحسن جوابه بما ذكرناه، وانما اختص الأكل ببعضها، وقد تقدم ان العرف الفعلي لا عبرة به، وانما المعتبر القولي، قال ابن يونس: قال محمد: لا يحنث في ثمن الحنطة ولا فيها اشبهه، واستحسن اشهب في الطلع عدم الحنث بالبُسر أو الرطب لبعدما بينها في الطعم والإسم والمنفعة كالخل مع العنب، ولم ير ابن القاسم الحنث بما يخرج من المحلوف عليه إلا في خمسة اشياء: في الشحم من اللحم، والنبيذ من التمر، والزبيب والعصير من العنب، والمرق من اللحم، والخبز من القمح، وقد جمعها الشاعر بقوله:

أمراق لحم وخبز قمح نبيذ[1] تمر مع الزبيب
وشحم لحم وعصر كرم يكون حنثاً على المصيب

والاقتصار على هذه الخمْسة يعسُر تقريره من جهة النظر، وقيل: لا يَحنث بالخبز من القمح لبعده، إلا ان يَقول: من هذا القمح أو من هذا الدقيق، واستحسنه محمد، ولا يحنث ابن القاسم الحالف: لا يأكل لبناً، أو اللبن بالزبد، أو السمن، ولا يأكل رطباً بالتمر، أو لا يأكل عسلاً بالرب، إلا أن يأتي بصيغة (من) وعَمَّم ابن وهب الحنث في ذلك قياساً، وفرق ابن حبيب بين أن يشار اليه بـ (هذا) فيحنث، أو ينكر فلا يَحنث، لأن الإشارة تتناول الخصوص بجميع اجزائه: والمتولد بعد ذلك فيه من هذه الأجزاء، قال سحنون: الحالف: لا يأكل زعْفراناً يَحنث بالطعام المز عفر، لأنه لا يؤكل الا كذلك، قال ابن القاسم: الحالف على اللحْم: يَحنث بالكرش والرأس والمعاء والدماغ وغيرها خلافاً لـ (ش)[2] وابن حنبل، فهُما يلاحظان العرف، وهو يلاحظ اللغة، والحالف بأحدهما لا يَحنث بالشحم، لأنها لا تكون شحماً، والحالف على اللحم يحنث[3] بالقديد دون

1) في الأصلين: ونبيذ، وبالواو يختل الوزن
2) مكان (ش) في (د) بياض
3) في (د): لا يأكل. وهو تحريف

العكس، وقال أشهب: الحالف على اللحم والرؤس لا يحنث الا بلحم الأنعام ورؤسها، كقول (ش)، لأنها المقصودة بالأثمان[1] عادة فهو عرف قولي في خصوص الفاظ الأيمان، والعرف قد يكون في المركبات، كما يكون في الألفاظ المفردات، كما تقدم، ووافق ابن القاسم في البيض، والفرق: بُعدما بين الأنعام والطير وغيره، وتَقارب بَيض الدجاج والطير، وقال ابن حبيب: بيض الطير دون الحوت، قال ابو محمد: والحالف: لا يأكل إدَامًا يحنث بالإدام عرفاً، وقاله ابن حنبل، وليس الملح منه، قال صاحب (البيان): وحنثه اشهب بالملح، لأنه عادة الضعفاء (بمصر)[2]، والمعول في ذلك على العادة كالتمر والزيتون ونحوه، ووافقنا (ش)[3] وخصصه (ح) بما يصنع فيه دون اللحم والشواء، لقوله[4] عليه السلام: (نعْم الإدامُ الخَل) و(ائتدموا[5] بالزيت فإنه من شجرة مُباركة) والجواب عنه أنه مفهوم لقَب لا حجة فيه، سلمناه، ولكنه معارض بقوله[6] عليه السلام: (اللحمُ سَيد إدام الدنيا والآخرة) ولأن الإدام معناه: الإئتلاف لأنه يؤلف الخبز مع النفس، ومنه سمي آدم عليه السلام، لأنه أُلف من اجزاءالأرض، وقوله[7] عليه السلام: (هلا نَظرتَ اليها فإنه أولى أن يؤدم بينكما) أي تأتلفان.

---

1) كذا في (ي) وفي (د) دون نقط، ولعلها: الأيمان بالياء المثناة
2) زيادة من (د)
3) في (ي): (ش وح) وخصصه بما
4) رواه مسلم في الاشربة باب فضيلة الخل والتأدم به. وابو داود في الأطعمة، باب في الخل، والترمذي في الأطعمة باب ما جاء في الخل وغيرهم. عن جابر.
5) ابن ماجه في السنن، في الأطعمة. والحاكم في المستدرك (122/2) والبيهقي عن ابن عمر. وهو حسن
6) رواه ابن ماجه في الأطعمة، باب اللحم، واحمد في (المسند 303/3) عن ابي الدرداء بلفظ: سيد طعام اهل الدنيا واهل الجنة اللحم، وهو حديث موضوع (الأسرار المرفوعة، في الأحاديث الموضوعة) لعلي القاري حرف السين.
7) رواه الترمذي في النكاح، باب ما جاء في النظر الى المخطوبة، والنسائي في النكاح، باب اباحة النظر قبل التزويج، عن المغيرة بن شعبة، ولفظه: انظر اليها، فانه احرى ان يؤدم بينكما. واما لفظ المؤلف: هلا نظرت اليها. فهو في حديث آخر في مسلم وسنن النسائي عن ابي هريرة، والكل صحيح.

فرع، وقال: والحالف: لا يأكل خبزاً واداما[1] لا يحنث بأحدهما عند أشهب، لأن العادة الجمع، خلاف ما في (المدونة) قال ابن يونس: قال محمد: الحالف: لا يأكل فاكهة يحنث برَطْبها ويابسها من التمر والعنب والرُّمان والفتّاء والبطيخ والقصب والفول والحمص والجلبان، قال ابن حبيب: والحالف على الخبز: يحنث بالكعك دون العكس، لأن الكعك خبز وزيادة، ومن كتاب محمد: والحالف: لا يأكل غنما يحنث بالضأن والمعز، والحالف على أحدهما لا يحنث بالآخر (والحالف على الدجاج، يحنث بالديك، وعلى أحدهما، لا يحنث بالآخر)[2] والحالف: لا يأكل كباشاً، يحنث بكبار النعاج وصغارها لدخولها في الإسم، ولو قال: كبشا ولم يقل كباشاً: لم يحنث بصغار الذكور ولا الإناث، قال ابن يونس: وكذلك الكباش لا يحنث بها عندنا في الصغار ولا الإناث الكبار، لأنه العرف، ولاحظ محمد اللغة، قال محمد: والحالف: لا يأكل نعجة أو نعاجا لا يحنث بصغار الذكور والإناث وكبار الذكور، والحالف: لا يأكل خروفا لا يحنث بالكبش، والحالف: لا يأكل تيسا أو تيوسا يحنث بالعتود دون العكس:

قال صاحب (التلخيص): الحالف: لا يأكل من مال فلان أو من طعامه او لا ينتفع بشيء من ماله فانتفع بعد موته قبل جمع ماله وَدَفنه: فثلاثة أقوال: لا يحنث إلا أن يكون عليه دين أو وصايا، ولا يحنث إلا أن يكون عليه دين دون الوصايا، لأن الدين يقضي على ملكه، والوصايا لأربابها، ولا يحنث وإن أحاط الدين بماله، لانقطاع ملكه بموته، والحالف: لا ينفعه ما عاش، أو لا يدخل عليه ما عاش: فدخل عليه ميتاً أو كفنه، فقولان في (الكتاب). والحالف: لا يكلمه فيؤُم قوماً فيهم فسلم من الصلاة عليهم، أو صلى خلفه عالما به فرد عليه سلامه من الصلاة لم يحنث، لأنه ليس كلاماً عادة، ولو سلم على جماعة هو فيهم حنث علم به أم لا، إلا ان يحاشيه، ولو سلم عليه وهو لا يعرفه ليلا، حنث، لأن الجهل ليس عذرا في الحنث، ولَو[3] كتب اليه أو ارسل اليه حنث خلافا لـ (ش) وابن حنبل إلا

1) في (ي): أو إداما. وهو خطأ.
2) ما بين القوسين سقط من (ي).
3) في (د): وان.

أن ينوي المشافهة، لأن المقصود من الكلام انما هو ما يدل على المقاصد، والحروف الكتابية في ذلك كالنطقية، ثم رجع فقال: لا ينوى في الكتاب، ويحنث، إلا أن يرجع الكتاب قبل وصوله اليه، قال ابن يونس: قال محمد: ان سلم اثنتين فأسمعه الثانية حنث، قال ابن ميسر: لا يحنث، وان أرتج[1] على الحالف فلقنه المحلوف عليه لم يحنث بخلاف العكس، وأما اذا أمَّ الحالف فرد عليه المحلوف: قال ابن القاسم واشهب: إن سمع رده حنث، قال ابن القاسم: ولو مر بالمحلوف نائماً فقال له: الصلاة يا نائم، فرفع رأسه فعرفه حنث، وكذلك ان لم يسمعه لشدة النوم كالأصم، وكذلك لو كلمه وهو مشغول بكلام رجل ولم يسمعه، لأنه يصدق أنه كلمه، وقال اصبغ: ان تيقن نومه ولم ينتبه لكلامه لا يحنث كالميت والبعيد، ولو كلم غيره يظنه اياه قاصدا للحنث لم يحنث، لأن القصد انما يوثر في الحنث إذا كان على حنث، وهو ها هنا على بر، ولو كلمه يظنه غيره حنث، لأن الجهل ليس عذرا، قال مالك: ولو حلف: لا يكلمه الا ناسيا، قبل قوله في النسيان، ولو قامت البينة، لأن ذلك لا يعلم الا من جهته، قال ابن القاسم: والحالف: لا يكلمه الا بالإشارة اليه، لأن الإشارة في الصلاة ليست كلاماً بخلاف الكتابة، لأنها حروف كالكلام، وحروفها دالة على حروف القول فيتنزل أحدهما منزلة الآخر، وقال غيره: يحنث لقوله تعالى: ﴿أَلَّا تُكَلِّمَ النَّاسَ ثَلَاثَةَ أيامٍ إِلَّا رَمْزاً﴾ (آل عمران: 41) والأصل في الاستثناء[2] الاتصال، وقال مالك في الرسول: لا شيء عليه، وقال اشهب: لا يحنث فيه ولا في الكتابة إلا ان يسمعه الكلام الذي أرسل به الرسول، لأنه لو حلف: لَيكلمنّه لم يبر بالكتابة، قال اشهب: ولو رجع الكتاب بعد قراءته بقلبه دون لسانه لم يحنث، لأن الحالف: لا يقرأ جهراً لا يحنث بقراة قلبه، ولو كتب المحلوف الى الحالف فقرأ كتابه لم يحنث عند اشهب، واختلف قول ابن القاسم فيه، ومن كتاب ابن حبيب: لو أمر الحالف من يكتب فكتب ولم يقرأه على الحالف ولا قرأه الحالف لم يحنث، ولو قرأه الحالف او قرىء عليه حنث إذا قرأه

1) في (د): ارتجع، وهو تصحيف، وأُرتج بضم الألف واسكان الراء وكسر التاء، على ما لم يسم فاعله، لم يقدر على البيان كأنه أطبق عليه.

2) في (ي): الأشياء، وهو تصحيف.

المحلوف عليه أو عنوانه، والا فلا، قال الله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِبَشَرٍ أَن يُكَلِّمَهُ اللَّهُ إِلَّا وَحْيًا أَوْ مِن وَرَاءِ حِجَابٍ أَوْ يُرْسِلَ رَسُولًا﴾ (الشورى: 51) فجعل ذلك كلاما، وفي (الجواهر): في قبول النية في الكتاب والرسول أقوال: ثالثها: تقبل في الرسول دون الكتاب، وإن لم يقرأ المحلوف الكتاب: ففي الحنث قولان.

فرع: قال: لو انتقل المحلوف عليه الى ما ليس معدا له كالحالف: لا يأكل طعاما فيفسد (بأكله)[1]، فقيل: يحنث لأنه أكله، وقيل: لا يحنث لأنه لم يأكل الطعام المعتاد، وانما انتقل الا ما هو معدٌّ له، فإن نطق بـ(من) نحو: لا أكلت من هذا: فإن قرب تغيره: فالمذهب كله عَلَى الحنث، وإن بعد كانتقال الطلع الى البُسر والرطب، فالمشهور: الحنث، ولا يحنث بالمتولد الذي ليس جزأ[2] كالحلف على الشاة فيأكل من لبنها الا أن يريد ترك الانتفاع مطلقاً، وفي تحنيثه بولدها خلاف، فإن لم يذكر لفظة (من) ونكّر: فالمذهب عدم الحنث وإلّا حنث، وان قرب التغير جدا، والغالب أنه لا يستعمل الا كذلك، فلم يره ابن القاسم الا في الخمسة المتقدمة، والحالف: لا يدخل عليه بيتا فدخل المحلوف عليه على الحالف بيتا، اشار في (الكتاب) الى عدم الحنث، وقيل: يحنث، ولا يحنث بدخوله عليه المسجد اتفاقا، لبعد لفظ البيت عن المسجد إلّا باضافته الى الله تعالى، وأحنثوه بالحمام، والفرق: أن الحمام لا يلزم دخوله بخلاف المسجد، وخالف اللخمي في الحمام، والحالف: لينتقلن من دار، قال صاحب (البيان): لا يعود عند ابن القاسم الا بعد شهر، ولم ير عليه حنثا إن رجع بعد خمسة عشر يوما، قال صاحب (البيان): لا يعود عند ابن القاسم الا بعد شهر، لأن الشهر معتبر في تقديم الزكاة وانتزاع مال المعتق الى اجل قبل اجله بشهر، (والحالف: ليطيلن الهجران بَرٌّ بشهر[3]) ولم ير عليه حنثا إن رجع بعد خمسةَ عشر يوما، قال ابن يونس: قال عبد الملك: لا احِبُّ له الإنتقال بنيّةٍ مؤقتةٍ، قال عبد الملك: والحالف: ليخرجن فلانا من داره، له رده بعد

---

[1] زيادة من (د).

[2] (ي): خبزا، وهو تصحيف.

[3] ما بين القوسين سقط من (د).

شهر، وان من عليه بالدار فحلف: ليتنقلن، فتأخر ثلاثة ايام في الطلب[1] ولم يجد: قال محمد: لا شيء عليه، والحالف: ليخرُجَن من المدينة ولم ينو الى بلد معين خرج الى ما تقصر فيه الصلاة فيقيم فيه شهراً، قاله مالك، وقيل: الى موضع لا يجب فيه اتيان الجمعة فيقيم فيه ما قل أو كثر ويرجع، وفي (الكتاب): الحالف: لا يسكن هذه الدار، او دار فلان هذه[2]، فباعها فسكنها في غير ملكه حنث، لأجل الإشارة، إلا أن ينوي: ما دامت في ملكه، ولو قال: دار فلان، لم يحنث لزوال الإضافة، قال ابن يونس: قال ابن القاسم: الحالف: لا يسكن دار فلان حنث بدار له فيها شرك لصدق الإضافة، وهو يصدق بأدنى سبب، كقول احد حاملي الخشبة: شل طرفك، قال اشهب: الحالف: لا يدخل منزل فلان، فدخل الدار دون البيت: إن كانت الدار لا تدخل الا باذن، ومن سَرق منها قطع، حنث، وقال غيره: لا يحنث، قال ابن حبيب: اذا حلف: ان لا يدخل دار فلان حنث بحانوته وقريته وخبائه وكل موضع له فيه اهل أو متا وان لم يملكه، لأن الدار من الدائرة تعمل حول البيت خشية السيل، فسميت الدار دارا لذلك، وخالف اصبغ في الحانوت والخِباء، وفي (الكتاب): الحالف: لا يلبس ثوبا غزلته فلانة حنث بما غزلته مع غيرها، أو حلف: لا يسكن بيتا فسكن بيت شعَر - وهو بدوي أو حضري - حنث لصدق الإسم عليه، أولا يكسوها هذين الثوبين ونيته: مجتمعين فكساها أحدها حنث، لأنه جزء المحلوف عليه، أو لا يدخل هذه الدار، فصارت طريقاً ودخلها لم يحنث، فإن بنيت ودخلها حنث، لأنه يقال: هذه دار فلان عمرت، فالمشار اليه عَاد، أَو لا يدخل من باب هذه الدار أو من هذا الباب فغير أَو نقل، حنث بالدخول إلا ان يكون[3] الباب دون الدار، قال ابن يونس: اذا بنيت الدار بعد هدمها مسجدا لم يحنث، وقال مالك: الحالف: لا خرجت امرأته من الدار فهدّمها سيل، أو اخرجها ملك الدار فلا شيء عليه الا في الدار الثانية، أو يرجع الى الأولى، قال سحنون: وكذلك لو أخرجها السلطان ليحلفها

---

1) في (د): الطالب.

2) في (ي): هذه فسكنها، وفي (ه): مدة.

3) في (ي): يكره، وهو تصحيف.

في حق لم يحنث،ولو انتقل الزوج باختياره، فاليمين باقية حيث انتقل، فإن المقصود صونها، وقال مالك ايضا: الحالف: لا تخرج من باب بيتها حتى يقدم فنزلت بموضعها فتنة فخافت فخرجت من دبر بيتها يحنث، وفي (الكتاب): الحالف: لا يأكل طعاما أو شرابا فذاقه[1] ولم يصل الى جوفه لم يحنث[2]، لأن المقصود التغذي ولم يحصل، والحالف: لا يساكنه في دار فسكنا في مقصورتين في دار، أو كَانا قبل الحلف كذلك حنث، وان كانا في منزل فلا، والحالف: لا يساكنه في دار فقسمت واستقل كل واحد بنصفها كرهه مالك دون ابن القاسم، قال ابن يونس: ولو كانا من اهل العمود فحلف: لا يجاوره، أو لينتقلن عنه، فانتقل الى قرية والمضرب[3] واحد، حنث إلا أن ينتقل بيته[4]، قال ابو محمد[5]: لا بد من انقطاع خلطة الصبيان والعيال، وتكون رحلته كرحلة اهل العمود، قال مالك: حيث لا تلتقي أغنامهُم في الرعي، قال التونسي: لا يحنث بالزيارة ولو أقام أياما أو مرضه، قال مالك: (والزيارة تختلف كما في الحضري والقروي، وقال أشهب: ليست الزيارة مساكنة وان طالت اذا لم[6]) يكن القصد السكنى، وقال ايضا: اذا اكثر المبيت والمنام في غير الحضَر حنث، ومن كتاب ابن المواز: الحالف: لا يجاوره في امهات القرى يحنث[7] بالطريق التي تجمعهما في الدخول والخروج والمجتمع ولا يحنث، قال ابو الطاهر: ولو رفع مالا فنسيه فحلف لزوجته: لقد اخذته، ثم وجده حيث دفنه، لا يحنث. لأن المقصود ان كان تلف فانت أخذته، والحالف: ليس معي أوزن من هذا الدرهم: فوجد[8] معه وزنه لا يحنث.

فرع، قال صاحب (البيان): اذا حلف: لا يتسرى على امرأته، فذهب

---

1) في (ي): بذاته، وهو تصحيف.
2) في (د): يحنث، بدون لم وهو تحريف.
3) في (ي): والمصرف.
4) في (ي): بقية.
5) في (ي): قال محمد.
6) ما بين القوسين ساقط من (د).
7) في (د): يجتنب الطريق الذي . . . ولعله الصواب.
8) في (ي): فيوجد.

مالك واكثر أصحابه أن التسري الوطء، وقيل: الإيلاد، وقيل: الاتخاذ للوطء . فعلى القول بأنه الوطء، لا تجوز له الا المباشرة من التقبيل ونحوه، وقيل: يجوز له الوطء ولا ينزل، وقيل: وطأة كاملة ولا يحنث الا بتمامها[1].

المدرك العاشر: النظر الى التمادي على الفعل، هل يجعل كابتدائه؟ ففي (الكتاب): الحالف: لا يسكن هذه الدار وهو فيها، يخرج مكانه، ولو في جوف الليل، فإن أقام الى الصباح حنث، (إلا أن ينويه ، فإن وجد منزلا لا يوافقه أو غاليا انتقل اليه حتى يجد سواه، والا حنث[2]) وقال ابن حنبل: ينتقل بحسب العادة ويرتحل بولده وأهله وجميع متاعه الا الوَتد وما لا يعبأ به، فإن بقي متاعه حنث، وقاله ابن حنبل خلافا لـ (ش): في قوله: يكفي نقله بنفسه، لنا: أنه كلَّ يوم ينتقل بنفسه من غير يمين، فلا بد لليمين من غرض زائد على المعتاد، وقال ابن يونس: قال اشهب: لا يحنث بإقامته يوماً وليلة، ولا يترك قشه[3] فانه لا يسمى مساكنة، وقد قال ابن القاسم في الحالف: ليقضينه حقه في الهلال: له يوم وليلة، ولو ابتدأ في النقلة وَأقام اياما لكثرة عياله[4]، لا شيء عليه، ولو ترك متاعه إعراضا عنه لصاحب الدار أو غيره لم يحنث، وروي عنه: إن ترك الوتد ونحوه إعراضا عنه لم يَحنث،أو نسيانا حنث، وفي (الجواهر): الحالف على ركوب دابة أو لباس ثوب وهو راكب أو لابس ينزع وينزل، فإن تمادى كان كابتداء الفعل، قاله في (الكتاب)، وقال الشافعي[5]: ولو حلف: لا يدخل دارا وهو فِيهَا: قال ابن القاسم و (ش): لا شيء عليه إن لم يخرج خلافا لأشهب، والفرق: أنه يغدو[6] راكبا ولابساً ولا يغدو راجلا، ولو قال للحائض: اذا حضت، أو الطاهر اذا طهرت، أو الحامل اذا حملتِ فأنتِ طالق، قال سحنون: هو على

1) في (ي): بكمالها.
2) ما بين القوسين سقط من (د).
3) في (د): قشه.
4) في (ي): كثيرة متاعه.
5) في (ي): (ش).
6) في (ي): يعد... ولا يعد داخلا.

وجود هذه في المستقبل، لأنه لا يقال: حاضت أو طهرت أو حملت اليومَ بل منذ[1] مدة.

المدرك الحادي عشر: ما يعد عذراً وهو: الإكراه والنسيان والجهل، وفي (الجواهر): الحالف: لا يفعل شيئاً يحنث بوجود الفعل منه سهواً أو عمداً أو خطأ أو نسيانا أو جهلا، ولا يحنث مكرها، ووافقنا الأئمة على الإكراه على اليمين، وخالفنا (ح) في الإكراه على الفعل[2]، ووافقنا في النسيان والجهل، وخالفنا (ش) في النسيان والجهل.

(تمهيد): اللفظ لغةً لا يختص بحالة، فقد دلت العادة على ان الناس يستثنون هذه الحالة[3] حتى يكون معنى قوله: لا فعلت كذا، ما لم أنس أو اكره أو أجهل، ولا يقصدون ذلك، فنحن لم يثبت عندنا قصدهم، فاعتبرنا اللفظ واستثنْينا الإكراه للحديث، وهو قوله[4] عليه السلام: (لا طلاقَ في إغلاق) أي في اكراه، واذا تمهد عذرا في الطلاق تمهد في غيره بجامع عدم الإيثار للفعل، و(ش) يرى ان هذه الحالات مستثنيات في عرف الناس، وهو غير ظاهر، وفي (الكتاب): الحالف: لا مال عنده، وورث مالا لا يعلم به حانث، والحالف: لا يدخل دارا لا يحنث بدخولها مكرها، وقال ابن يونس: ولو هجمت به دابته كرها لم يَحنث، وان قال لزوجته: إن دخلتِ هذه الدار فأنتِ طالق، فأكرهها غيره على الدخول لم يحنث، وأما بإكراهه هو: فقال سحنون: أخاف أن يكون ذلك رضا بالحنث فيحنث، قال مالك: والمكره على اليمين لا يعتبر يمينه إلا ان يكون في حق عليه وهو يعلم ذلك، وقاله الأئمة، والحالف بالطلاق لِنجاة غيره من القتل بغير حق يلزمه الطلاق، قاله محمد، خلافا لأشهب، والحالف: ليس له مال: قال محمد: إن تصدق عليه وهو لا يعلم فلم يقبل فلا شيء عليه، فان قبل حنث، وقيل: لا يحنث نظرا لتأخير

1) في (ي): بل من مدة.
2) في (ي): الحنث.
3) في (ي): الحالات.
4) ابو داود في الطلاق، باب الطلاق على غلط. واحمد في (المسند 276/6) عن عائشة، وهو حسن، بلفظ: لا طلاق ولا عتاق في إغلاقه.

كمال الملك بعد اليمين، قال صاحب (تهذيب الطالب): الحالف: ليركبن الدابة فتسرق يحنث عند ابن القاسم خلافا لأشهب، لأن الفعل ممكن، وانما منعه السارق، فإن ماتت بَرَّ لتعذر الفعل، ومنع الغاصب والمستحق كالسارق، وكذلك لو حلف: ليضربن عبده فَكَاتَبه، أو ليبيعها فوجدها حاملا، لأن المانع شرعي، والفعل ممكن، وخالفه سحنون، والحالف: ليطأنها فوجدها حائضاً قيل: يحنث، وقيل: لا شيء عليه، وقيل: إن وطىء برٌ، وقال ابن القاسم: لا يبر، وكذلك لو وجدها صائمة في رمضان، وقال اصبغ: اذا نذرت يوم الإثنين فصادف يوم الصيام مرض. أفطرت ولا شيء عليها، وقال اشهب: الحالف: ليصومن رمضان وشوال إن صام يوم الفطر بر، وإلا فلا[1].

قاعدة. المانع متى كان عقليا (اعتبر[2] قولا واحدا) أو عاديا أو شرعياً فقولان، والمدرك: ان قول الحالف: لأفعلن، هل يَعم الأحوال او يخصص بحالة التمكن، لأنه المقصود للعقلاء فلا يحنث، أو يفرق بين المتعذر عقلا وغيره محافظة على ظاهر اللفظ؟ وهو المشهور (قال ابو الطاهر)[3]: المشهور: أن الخوف على الغير كالخوف على النفس، وفي الإكراه قولان، ومذهب مالك واصحابه :تحنيث الناسي، والمتأخرون من محققي الأشياخ: عدم تحنيثه، وراموا تخريجه مما في (المستخرجة) في الحالف بالطلاق: ليصومن يوماً سماه، فأفطره ناسياً، لا شيء عليه، قال: ويمكن حمله على نفي القضاء دون الحنث، وهو احد القولين في المفطر في النذور، وفيمن حلف: لا يبَايع انساناً فبَايع مَن هو من سببه، أو ممن اشتراه المحلوف عليه ولم يعلم، لا حنث عليه، ويمكن حمله على مراعاة ظاهر اللفظ فلا يحنث بمبايعة غيره، لأن النسيان عذر.

المدرك الثاني عشر: تنزيل الوكيل منزلة الموكل تحقيقا للنيابة، وقاله ابن حنبل خلافا لـ (ش).قال صاحب (الخصال): كل من حلف: لا يفعل شيئاً فأمره

---

1) في (ي): حنث.
2) زيادة من (د).
3) زيادة من (ي).

غيره ففعله حنث الا في مثل الحالف: ليضربن عبده، إلا ان ينوي النيابة في ضربه، وفي (الكتاب): الحالف: لا يشتري عبداً فيأمر غيره فيشتريه له، يحنث، والحالف: لا يضرب عبده فيأمر غيره فيضربه، يحنث، لأن المقصود عدم إيلامه إلا ان تكون له نية، والحالف: لا يبيع لفلان شيئاً، فيدفع فلان ثوبا لرجل فيدفعه الرجل للحالف فيبيعه ولم يعلم، فإن لم يكن الرجل صديقا ملاطفا، أو من عياله، أو ناحيته، والا حنث، وكذلك الحالف: لا يبيع منه فيبيع ممن يشتري له ولم يعلم، فإن لم يكن المشتري من ناحيته، ولا من سببه، لم يحنث. وإلّا حنث، ولو[1] اخبره عند البيع فحلفه، فقال له: أنا ابتاع لنفسي، ثم تبين بعد البيع أن ابتياعه للمحلوف عليه، حنث إن كان المشتري من ناحية فلان، قال ابن يونس: قال التونسي: لو قال: أبيعك بشرط أنك ان ابتعت لفلان فلا بَيْع بيني وبينك، فتبين الشرط، بطل البيع، ولا يحنث، ولو اشترى لنفسه ثم ولى للمحلوف عليه فيحتمل الحنث ونفيه، فقد قيل في[2] الحالف: لا يشتري لامرأته ثوباً فاشتراه لنفسه ثم ولاه لها. استثقله مالك، وقال ابن القاسم: لا يحنث، قال صاحب (البيان): الحالف بِعتق عبده: لا يبيعه، فرهنه، فباعه عليه السلطان في الرَّهن، لا يحنث، لأنه زمان وقوع العتق (لَا مَالَ له غيره، والدين مقدم على العتق، قال: والمعلوم لمالِكِ وابن القاسم: وقوع العتق)[3] عليه ببيع السلطان، فإن اشتراه بعد ذلك رجعت عليه اليمين، ولو كان حَلفه بغير عتق العبد لَجَرى[4] في حنثه خلاف.

المدرك الثالث عشر: تعذر المحلوف عليه قبل الأجل إما عقلا أو شرعا أو بآدمي، وفي (الكتاب): الحالف: ليأكلن هذا الطعام، أو ليركبن هذه الدابة، أو ليضربن عبْده هذا إلى أجل، فتعذر[5] ذلك (بموت)[6] بر، بخلاف السرقة، إلا أن

1) في (ي): وان اخبرهُ.
2) في (ي): للحالف.
3) ما بين القوسين سقط من (د).
4) في (د): يجرى.
5) في (ي): فيتعذر.
6) زيادة من (ي).

ينوي أن لا يسرق،لأن الفعل ممكن في السرقة بخلاف المَوتِ،قال ابن يونس: قال محمد: لا يحنث في موت ولا سرقة لضربه أجلا فهو علي بر،ولو لم يضرب أَجَلا : لحنث في الموت والسرقة ان امكنه الفعل قبل ذلك، قال محمد: وان حلف: ليقطعن خشبة غداً فوجدها مقطوعة من ساعته،لا يحنث، ولو امكنه القطع فتركه حنث، وفي (الكتاب): الحالف: ليذبحن حَمَامة ثم قام مكانه فوجدها ميتة لا شيء عليه، وقاله (ش)،لان العاقل[1] إنما يلتزم الفعل الممكن، قال ابن يونس: وهذا بخلاف الحالف: ليبيعَن أَمته فيجدُها حاملا عند ابن القاسم، وسوى بينهما سحنون في عدم الحنث، والفرق: أن البيع ممكن،وانما الشرع منعه منه، بخلاف الموت، واصل ابن القاسم: أن الحالف: ليفعلن، لا يعذر بالإكراه والغلبة إلا ان ينوي ذلك، وفي (الكتاب): الحالف بعتق عبده: ليضربن امرأته الى سنة، فماتت قبل ذلك لم يحنث لموتها وهو على بر، فإن لم يضرب أجلا منع من بيع العبد حتى يبر، فإن ماتت بعد اليمين والحالف صحيح: عتق العبد من رأس ماله، أو مريض[2] فمن ثلثه،نظراً الي حالة الحنث دون اليمين، لأن الحنث ان كان السبب فقد وجد في حالة المرض، أو الشرط في اعتبار اليمين، واليمين هو السبب فالآن[3] حالة الإعتبار، وقيل: ذلك لغو، قال ابن يونس: يصدق الحالف: أنه ضرب عبده او امرأته بغير يمين، وان لم تقم بينة على قضاء الحق: طلق عليه بالبينة التي على اصل الحق، لأن العادة الإشهاد على قضاء الحق[4] دون الضرب، قال ابن القاسم: ان صدقه الطالب وهو من اهل الصدق. حلف معه ولا شيء عليه، وان اتهم فلا بد من البينة، وقال سحنون: العدل وغيره سواء يقبل، قال مالك: اذا لم تعلم يمينه إلا بالإقرار، قبل قوله بغير بَينة لعدم التهمة، وقال ابن كنانة: لا تقبل شهادة الطالب له ولا عليه مطلقا للتهمة، وفي (الكتاب): من لزمه دين لرجل أو ضمان عارية يغاب عليها فحلف بالطلاق ثلاثا: ليودين ذلك، وحلف الطالب بالطلاق

---

1) في (د): الفعل قل انما، وفيه تحريف وتصحيف.

2) في (ي): او مريضا.

3) في (ي): لأن حالة. . . وهو خطأ.

4) في (ي): الحقوق.

ثلاثا لا يقبله، فيجْبر على اخذ الدين لتعين المنة في تركه، فلا يلزم المديون[1] اياها ويحنث الطالب (بالطلاق[2] ثلاثا لا يقبله) ولا يجبر في اخذ قيمة العارية، ويحنث المستعير لعدم تعين المنة بترك شيء حُقق قبله، فإن ضمانها ضمان التهم، فإن اراد المستعير أنه يعطيه قبله اولا لم يحنث كلاهما.

المدرك الرابع عشر: (النية)[3] العريّة عن اللفظ هل ينعقد بها[4] يمين حتى يترتب على الفعل حنث أو بر؟: حكى ابو الطاهر قولين، واطلاق لفظ النية على ألسنة الأصحاب من مشكلات المذهب، فقد غلط فيه كثير من الفقهاء الذين لا تحصيل لهم، وبيان ذلك: أنهم اجمعوا على أن صريح الطلاق لا يفتقر الى نية، وقال اللخمي في باب الإكراه على الطلاق؛ وابو الوليد في صَريحه[5] وكنَايَاتِه في (المقدمات): الصحيح من المذهب: أن الصريح لا بد فيه من النية، فإن كان المراد بالنية واحدا فقد تناقض قولهم ولزم خلاف الإجماع، حتى حكوا في الطلاق بالنية قولين، والإجماع على أن العازم على طلاق زوجته لا يلزمه بعزمه الطلاق[6]، فأين محل الخلاف وأين محل الاجماع؟ ثم النيّة هي من باب القُصود والإراداتِ، لا من باب العلوم والاعتقادات، وقد قال ابن الجلاب: من اعتقد الطلاق بِقَلْبه ولم يلفظ به ففي لزوم الطلاق له قولان، فقد عبر عن النية بالاعتقاد وهو غير النية، وهذه معميات تحتاج الى الكشف، والذي يكشف الغطاء عن ذلك: أن لفظ النية عند[7] الأصحاب مشتركٌ بين الإرادة المخصصة والحقائق[8] المترددة، وهي المشترطة[9] في العبادات[10]، وبين الكلام النفساني، فاذا قالوا: الصريح لا يفتقر الى نية، فهو

---

1) في (ي): المدين.
2) ما بين القوسين ساقط من (ي).
3) (النية) سقطت من (ي) ولا بد منها.
4) في (ي): عليها.
5) في (ي): صرائحه.
6) في (ي): طلاق.
7) في (ي): في اصطلاح.
8) في (د): للحقائق، ولعله الصواب.
9) في (ي): المشتركة، وهو تصحيف.
10) في (ي): في العبادات والكلام، وبين الكلام...

المعنى الأول، واذا قالوا: لا بد مع الصريح من النية، المراد الثاني بمعنى انه لا بد ان يطلق بكلامه النفساني كما يطلق باللسان، فإن اللساني دليل عليه، والدليل مع عدم المدلول باطل، واذا قالوا: في الطلاق بمجرد النية قولان: مرادهم بالكلام[1] النفساني، ويدل عليه استدلالهم بانه يكون مؤمنا وكافرا بقلبه، والإيمان والكفر خبران نفسانيان، فالتشبيه يدل على التساوي، وسماه ابن الجلاب: اعتقاداً لأن كل معتقد مخبر عن معتقَده، فالكلام النفساني لازم للعلم والإعتقاد، فعبر عنه به لما بينهما من الملازمة، والمراد ها هنا: الكلام النفساني، وهو الحلف بالقلب دون اللسان، فهل يلغوا[2] لأن الله تعالى انما نصب سبب[3] اللفظ (ولم يؤجل او يعبر)[4] نظراً لقوله تعالى: ﴿ولكن يؤاخذُكم بما عَقَدتّم الأَيمان﴾ (المائدة: 89) والعقد انما هو بالقلب[5]، فاذا تمهد[6] هذا: تنزل أقوال الأصحاب على ما يليق به في كل موضع (والله اعلم)[7].

---

1) بهامش (ي): مرادهم بالنية الكلام...
2) في (ي): فهل يلغى، وهي في (د): ىلعوا بدون نقط.
3) في (ي): سببا للافظ.
4) زيادة من (ي).
5) في (ي): بالعقل.
6) في (ي): فهذا اذ المهد ذلك فنقول أقوال الاصحاب، وفيه تحريف.
7) زيادة من (د).



الباب السادس
في الكفارة

وهي مأخوذة من الكفر بفتح الكاف ـ وهو الستر ـ، ومنه سمي الزارع كافراً لستره الحَب بالتراب، والبحر كافراً لستره ما فيه، والمشرك كافرا لستره الحق من الوحدانية وغيرها، وكفر النعمة: عدمُ شكرها، لما لم يظهر لها أثر عادت[1] كالمستورة، والمشكورة، كالمشهورة، ولما كان اصل الكفارة لزوال الإثم وستره كما في الظهار، سميت كفارة، وهي في اليمين بالله تعالى لا تزيل إثما، لأن الحنث قد لا يكون حراما، وهو اكبر مواردها، وقد قال اللخمي والشافعية: الحنث اربعة، واجب ان كانت اليمين على معصية، ومستحب إن كانت على ترك مندوب، ومباح إن كانت على مباح، ويضره البقاء عليه، ومكروه إن كان المباح لا يضره البقاء عليه، وفي مسلم: قال[2] عليه السلام: (اذا حلف احدكم على يمين فرأى غيرها خيراً منها، فليكفر عن يمينه، وليأت الذي هو خير) والمأمور به لا يكون معصية، فلا تكون الكفارة على وضعها، وقالت الحنفية: الحنث حرام، وهي تزيل الاثم الذي بسبب مخالفة اليمين لانعقاد الإجماع على تسميته حنثا، والحنث الإثم، ولقوله تعالى: ﴿ولَكِنْ يُؤاخِذُكُم بِمَا عَقدتّم الأَيْمَانَ﴾ (المائدة: 89) والمؤاخذة لا تكون الا مع الإثم، والجواب عن الأول: أن الحنث لفظ مشترك بين الإثم ومخالفة

1) في (ي): علت.
2) البخاري في الأحكام. باب من لم يسأل الإمارة اعانه الله عليها. وفي الايمان والنذور في فاتحته، وابواب اخرى، ومسلم في الإمارة، باب النهي عن طلب الإمارة، وابو داود والنسائي وغيرهم، عن عبد الرحمن بن سمرة.

اليمين، نقله الجوهري، وعن الثاني: أن عقد اليمين لا إثم فيه بالإجماع، وانما الخلاف في الحنث، فما دلت عليه الآية لا تقولون به، وما تقولون به لا تدل عليه الآية.

ثم النظر في أنواعها،وأحكامها،والمخاطب بها، فهذه ثلاثة فصول.

الفصل الأول: في انواعها، وهي أربعة، منها ثلاثة على التخيير، وهي: العتق، والإطعام، والكسوة، والرابع،مرتب بعد العجز عن الثلاثة، وهو الصيام، وأصل ذلك: قوله تعالى: ﴿لا يؤاخِذُكُم الله باللَّغْوِ في أَيمانِكُمْ، ولكِن يُؤاخِذُكُم بمَا عَقدتُم الأَيمانَ، فكَفارتُه: إطعامُ عَشَرةِ مَساكِينَ مِن أَوْسَط مَا تُطعِمون أَهليكُم أَو كسوتُهم أَو تَحرِيرُ رَقبَة، فَمن لَّمْ يَجِدْ فَصِيامُ ثَلاثَةِ أَيامٍ ، ذَٰلِكَ كَفارةُ أَيمانِكُم إِذا حَلَفْتُم﴾ (المائدة: 89)،

النوع الأول: الإطعامَ وفي (الكتاب): يطعم مد قمح لكل مسكين من أوسط عيش ذلك البلد، ولا تغربل الحنطة إلا أن تكون مغلوثة، قال ابن القاسم: ولا يجزىء العوض وإن غذي[1] او عشي بالخبز والإدام، أما الزيت واللحم ـ وهو اجوده – أجزأه، لأنه اطعام معتاد، ويعطى الفطيم من الطعام كما يعطي الكبير، لأن الله تعالى وصفه بالوسط فحمل على الوسط جنسا ومقدارا.

(فائدة) في (التنبيهات): المغلوثة بالثاء المثلثة والغين المعجمة والمهملة معاً، قال ابن يونس: افتى ابنُ وهب بمصر بمد ونصف، وأشهب بمد وثلث، قال محمد: ولا يُعطي الذرة وهو يأكل الشعير، ولا الشعيرَ وهو يأكل البُر، ويجزىء الشعير وهو يأكل الذرة، فإن أطعم خمسةً البُر، ثم غلا السعر[3]، ثم[4] انتقل الى بلد عيشهم الشعير (أجزأه الشعير)[5] قال اللخمي: وقيل: يجزئه الخبز قفارا، والقفار بتقديم القاف وفتحها وتخفيف الفاء: الذي لا إدام معه، وقال مالك ايضا: يعتبر وسط

---

1) في (د): وان غذاء وعشاء.
2) في (ي): .. وصفه بالوسط جنسا ومقدارا.
3) في (د): الشعير.
4) في (ي): أو.
5) ما بين القوسين سقط من (ي) ولا بد منه.

عيش المكفّر دون البلد، وحمل الأهل على الأخص، وهو ظاهر الآية، فإن أهلَ البلد لا يقال لهم: اهل زيد، قال ابن حبيب: الا أن يكون بَخيلاً يضيق على أهله، واختلف في الرضيع، والقياس: عدم الإجزاء، لأنه ليس من اهل الطعام، ويشترط أن يكون المعطَى مسلماً حراً فقيراً لا تلزم المكفرَ نفقته، فإن اعطى عبداً أو كافراً أو غنياً لم يجزئه إن علم، واختلف اذا لم يعلم، وهذا اذا فاتت، فإن كانت قائمة انتزعت وصرفت لمستحقها، وان ضاعت لم يضمنوها إلا ان يعلموا أنها كفارة وغروا من أنفسهم، فإن لم يعلموا وأكلوها وصانوا بها امـوالهم، فخلاف، والغرم أحسن،لقوله[1] عليه السلام: (لا ضَرر ولاَ ضرار) واما على القول بإجْزائِها فيغرمونها للمساكين، لأن المسلط غير المستحق، وعدم الإجزاء في هذه الوجوه أحسن، بخلاف الزكاة لأنها في الذمّة، والزكاة في المال، وتسقط بالضياع بعد العزل بخلاف الكفارة،

وفي (الكتاب): من عليه يمينان فأطعم عن احدهما مساكين: اكـره ان يطعمهم لليمين الأخرى، ولا يطعم عبداً ولا ذمياً ولا أم ولد، وان كان السيد محتاجاً، وان أعطى غنيا لم يجزه، وكذلك الكسوة، ويعطى صاحب دار وخادم لاَ فضل في ثمنها عن سواهما كالزكاة ولا يعجبني الإعطاء للقريب الذي لا تلزم نفقته، ويجزىء، قال ابن يونس: قال محمد[2]: انما كره إطعامهم من اليمين الثانية ليلا تختلط النية، أما اذا تميزت تصح[3] ووافقه ابو عمران، قال صاحب (المنتقى): فإذا قلنا: يخرج الشعير، قال محمد: يطعم منه قدر ما يشبع القمح، ولا يخرج السويق، لأنه لا يقوت غالباً، قاله أصبغ، ويُجزىء الدقيق إذا اعطى قدر ريعه، ولا يُجزئه القطنية ولا التين، وان كان عيش قوم، لأنه ليس بقوت.

النوع الثاني: الكسوة، ففي (الكتاب): لا يجزىء الا ما تحل[4] الصلاة فيه:

---

1) رواه مالك في (الموطأ) مرسلا في الأقضية باب القضاء في المرفق، واحمد في (المسند) عن يحيى المازني وابن عباس، وعبادة بن الصامت، وهو صحيح.

2) في (ي): ابو محمد: اكره اطعامهم...

3) في (د): صح.

4) في (ي): تحصل.

ثوب للرجل، ولا تجزىء العمامة، وللمراة درع وخمار، وقال (ش) و(ح): اقل ما يسمى كسوة: منديل أو عمامة أو غيرهما، لأن الكسوة اطلقت في الآية، ويجوز اعطاء كسوة[1] الكبير للطفل، ووافقنا ابن حنبل، لنا: ان الكسوة اطلقت في الآية على الكسوة الشرعية، وهي ما يجزىء فيه الصلاة، لأن القاعدة حمل كلام كل متكلم على عرفه، ولقوله تعالى: ﴿أَوْ كِسْوَتُهُمْ﴾ (المائدة: 90) فأضاف الكسوة اليهم، فيعتبر حالهم، قال اللخمي: وليس عليه مثل كسوة نفسه أو اهل البلد، لأنها اطلقت في الآية بخلاف الإطعام، وان كسا صبيا أو صبية كسوة مثلهما أجزأه وان لم تومر بالصلاة، لم تُعط خمارا، أو يستحب كسوة من امر بالصلاة، كما يستحب عتقه، قال ابن القاسم: يكسى المأمور بالصلاة كسوة رجل، قال عبد الملك: تكسى الصبية كسوة رجل، وقال ابن القاسم ايضا: يعطى الصغير مثل الكبير، وهو استحسان.

النوع الثالث: العتق، وفي (الكتاب): يستحب عتق مَن صلى وصام (ليستخلص)[2] للوظائف الواجبات، ويجزىء الرضيع، لأنه رقبة، والأعجمي، ولا يجزىء الا سليم مؤمن، لقوله[3] عليه السلام في السوداء: (اعتقها فإنها مؤمنة) ولا يجزىء المدبر، والمكاتب، وأم الولد، والمعتق الى أجل، واجاز الأعرج، ورجع لعدم[4] الإجزاء إلا أن يكون عَرجا خفيفا، ولا يعجبني الخصي، ولا يُجزىء من يعتق عليه، ولا من علق عتقه على شرط، ومن اشترى زوجته فاعتقها لم تجزئه، لأنها تصير أم ولد بالحمل، قال ابن يونس: قال ابن القاسم: اذا أعتق اعجميا لم[5] يجبر على الاسلام قبل إسلامه وأجزأه، خلافا لأشهَب لأن الأعجمي ليس مضيها[6] على دين سابق، وانما تبع لسيده، وأجاز ابن القاسم عتق الصغير ابواه

1) في (ي): ويجوز اعطاء الكبير كسوة...
2) مكانها بياض في (ي) وفي (د): ليتخلص.
3) أبو داود في الأيمان والنذور، باب في الرقبة المؤمنة، والنسائي في الوصايا، باب فضل الصدقة عن الميت، عن الشريد بن سويد الثقفي، وهو حسن.
4) في (ي): الى عدم.
5) في (د): اعجميا يجبر.. وهو تحريف.
6) في (ي): مصمما.

كافران إذا اراد ادخالها في الإسلام، ولا يجزىء أقطع أصبع، أوالأذنين، او أجْذم، أو أبرص، أو أصم، وأجاز مالك عتق الأعور في الظهار، واختلف في الخصي بالإجزاء أو عدمه، قال صاحب (المنتقى): قال القرويون: إذا كان النقص[1] يمكن معه التصرف الكامل والتسبب غالبا أجزاه، لأن المقصود هو تخليص الرقيق لاكتسابه ووظائفه الشرعية، فلا بأس بقطع[2] الأنملة، قال ابن حبيب: والجَدع والصمم الخفيف وذهاب الضرس، ولا يجزىء اقطع اليد أو الرجل، والأشل أو الأعمى أو المقعد أو الأخرس أو المجنون المطبق أو المفلوج، وقال عبد الملك: يجزىء[3] البرص الخفيف، ولا يجزىء المريض المنازع، ولا مقطوع الإبهامين من اليدين او الرجلين، ويجزىء المحموم والرمد، ولمالك في الأعرج قولان، وجَوز (ح): أقطع اليد والرجل خلافا لنا و(ش).لنا: ان اطلاق الرقبة يقتضي السلامة عرفاً، ومنع ابن القاسم الخصي لنقص خلقته كالأعور، وجعله أشهب كالقبيح المنظر، لأنه لا يتضرر به، واذا اعتق رقبة عن واجب ثم ظهر بها عيب[4] رجع بأرش العيب، قاله في (العُتبية)، ولا يجزىء الآبق إلا ان وجد بعد العتق سليما، وتعلم سلامته عن العيوب يوم العتق، ولا يجزىء الأصم عند مالك لخلله[5] بالعمل خلافا لأشهب، وجوز الشافعية أقطع الأذنين، وروي عن ابن القاسم، وجوز (ش)[6] : الأخرس.

النوع الرابع: الصيام، ويشترط فيه العجز عن الخصال المتقدمة، وقاله الأئمة، وفي (الكتاب): ان تعذرت الخصال الثلاثة صام ثلاثة أيام، وتتابعها افضل، وقد قرأ عبدالله بن مسعود: (متتابعات)[7]، وقاله (ش).واوجبه (ح) وابن حنبل، واذا أفطر فيها قضاه، ولا يجزىء في ايام التشريق الا الرابع (فعساه[8]

---

1) في (ي): لم يمكن، وهو تحريف.
2) في (ي): بأقطع.
3) في (د): لا يجزىء.
4) في (د): حمل، وهو تحريف.
5) في (ي): لخلته.
6) في (ي): الشافعي.
7) يعني في آية الكفارة: (. . فمن لم يجد فصيام ثلاثة ايام متتابعات) وهي قراءة شاذة.
8) زيادة من (د).

يجزىء) لِقوله[1] عليه السلام: (هذه أيام أكل وشرب) ولا يجزىء الصوم وله مال غائب الا ان يكون عليه دين مثله، ولا وله دار أو خادم وان قل ثمنها، لظاهر الآية، قال ابن يونس: قيل: ان كان له دين فصام ولم ينتظر أجزأه، وقال صاحب (البيان): الإعتبار بحال التكفير دون حال اليمين، وحال الحنث في الإعسار واليسار، فان أيسر: في اثناء الصوم أجزأه التمادي عليه، فإن أيسر عند الحنث ثم اعسر فصام ثم أيسر، قال ابن القاسم يعتق، والأول المشهور.

الفصل الثاني: في احكامها، وهي اربعة: الحكم الأول، تقديمها قبل الحنث، قال في (الكتاب): استحب مالك تأخيرها بعد الحنث فإن قدمها أجزأه.

قاعدة. اليمين عندنا وعند الشافعي وابن حنبل لا يغير حكم المحْلوف عليه في اباحة ولا منع، قال (ح): يغير حتى قال: من حلف: لا يصلي حرمت الصلاة عليه، أو ليفسقن وجب الفسوق عليه، ويصير ذلك كالصلاة في الدار المغصوبة واجبا من وجه حراما من وجه، لأن مُخالفة اليمين عندهُ حرام، وقد تقدم مدركه، وجوابه، وبنى على ذلك منع التكفير قبل الحنث، وان من حرم طعاما أو غيره وجبت عليه الكفارة، لأنه التزم تحريمه باليمين، ولأن غير الواجب لا يجزىء عن الواجب، وقبل الحنث لا تجب الكفارة اجماعا، وقياساً على كفارة فطر رمضان، وقتل الصيد والظهار. لنا: أن موضوع الحلف لغة تأكيد المحلوف عليه، والتأكيد لا يغير الأصل، وقال (ش): يجوز تقديم التكفير بالمال لتقديم الزكاة[2] على الحول دون الصوم، كامتناع تقديم رمضان على رؤية الهلال، ووافقنا ابنُ حنبل. لنا: ما في مسلم قال[3] عليه السلام: (اذا حلف أحدكم على اليمين فرأى غيرها خيراً منها فليكفر وليأت الذي هو خير، ويروى: فليأت الذي هو خير، وليكفر، ويروى: ثم يكفر).

قواعد، اذا تقدم سبب الحكم دون شَرطه جاز تقديمه[4] عليه كالعفو عن

---

1) رواه ابو داود في الأضاحي، باب حبس لحوم الأضاحي، عن نبيشة الهذلي، وهو حسن، ورواه النسائي مطولا وابن ماجه مختصرا.
2) في (د): الصلاة، وهو تحريف.
3) تقدم تخريجه.
4) في (ي): ترتيبه.

القصاص قبل زهوق الروح لتقدم[1] السبب الذي هو الجراحة، وتقديم الزكاة على الحول، لتقدم ملك النصاب على الخلاف، واليمين ها هنا هو السبب، والحنث شرط، فجاز تقديم الكفارة قبل الشرط بعد السبب، ولا يجزىء قبل السبب اتفاقاً، حكاه في (الإكمال) لتقدم[2] العفو على الجراحة، وإسقاط الشفعة قبل البيع. وفي (الجواهر): هل الحنث شرط أو ركن؟ قولان، وخرج الخلاف عليه، وبهذا يظهر الجواب عن قول الشافعي[3] في الصوم، فإن الصوم قبل الهلال تقديم على السبب وعلى قول (ح) في القياس في تلك الصورة، لأنه يلزم التقديم[4] على السبب، بخلاف صورة النزاع، وعن قوله: ما ليس بواجب، لا يجزىء عن الواجب بتقديم الزكاة.

الثانية: الواو لا تقتضي الترتيب على الصحيح، والفاء تقتضيه، فملاحظة الواو في قوله[5] عليه السلام: (فليأت الذي هو خير، وليكفر) لا تقتضي تأخير الكفارة عن الحنث أو تقتضيه لأنها للترتيب عند الكوفين وبعض الفقهاء، وبتقدير تسليمه فالجواب عنه: أن الفاء في قوله (ﷺ)[6] فليكفر، تقتضي التعقيب لرؤية ما هو خير من المحلوف عليه، فلا يتقدم عليه الحنث، فيكون تعقيبها في هذه الرواية معارضا[7] لترتيب الواو في الرواية الأخرى، وينعكس هذا التقدير[8] بعينه فيقال: الفاء في قوله عليه السلام: (فليأت) يقتضي تعقب الحنث لرؤية ما هو خير.

الثالثة[9]: ترتب الحكم على الوصف يدل على سببية ذلك الوصف لذلك الحكم، نحو: اقتُلوا الكافر، واقطَعوا السارق، وقوله تعالى: ﴿ذَٰلِكَ كَفَّارَةُ أَيْمَانِكُمْ

1) في (ي): لتقديم.
2) في (ي): كتقديم.
3) في (ي): (ش).
4) في (ي): التقدم.
5) تقدم تخريجه.
6) زيادة من (ي).
7) في النسختين معا: معارض، وهو لحن.
8) في (ي): التقرير.
9) في (د): الثالث، والصواب ما اثبتنا.

إِذَا حَلَفْتُمْ﴾ (المائدة: 89) ولم يقل :اذا حنثتم ، يقتضي أن السبب إنما هو الحلف، فهذه القواعد هي مدارك العلماء في هذه المسألة.

تفريع: قال اللخمي: الحالف إن كان على بر: فأربعة اقوال: كراهية التكفير لمالك، والإجزاء له، والمنع ايضا له، ويخصص الجواز بكفارة اليمين دون الطلاق والعتق والصدقة والمشي، ما لم تكن آخر طلقة، أو عبداً معيناً، وان كان على حنث: فالإجزاء لمالك، وإن ضرب أجلاً فثلاثة اقوال: عدم الإجزاء في (الكتاب) لابن القاسم، والإجزاء له في كتاب محمد، والتفرقة بين اليمين بالله فيجزىء وغيره فلا يجزىء.

الحكم الثاني: لا يجوز ان يطعم جملة الطعام لمسكين واحد، وقاله (ش) وابن حنبل، وقال (ح): يجوز محتجاً بانه سد عشر خَلات في محل، (فهو[1] كسد عشر خلات في محال) لأن المطلوب[2] سد الخلة لا محلها، وجوابه: أن النص صَرَّحَ بالعدد فيجب امتثاله، ولأن الوصي لو صرح بالعدد لم تُجز مخالفته اتفاقا، فالله تعالى أولى بذلك، ولأنه يتوقع في العدد وَلِيٌّ تستجاب دعوتُه، ويتعين ان تحفظ بنيته ما لا يتوقع في الشخص الواحد، فهذه المصالح هي الموجبة لتصريح الشرع بالعدد، فلا تهمل تصريحَه.

الحكم الثالث: تلفيقها، قال اللخمي: اختلف قول ابن القاسم، لو أطعم خمسة وكَسَا خمسة: ففي (الكتاب): المنع، لأن الله تعالى خير بين الأنواع دون اجْزائِها، وقاله[3] ابن حنبل و(ح)، وفي كتاب محمد: الإجزاء، قال: وهو أحسن، وقاله الحنفي[4]، لأن كل واحد من النوعين سَدَّ مسد الآخر، قال محمد: من عليه ثلاث كفارات، فأعتق وكسا وأطعم وأشرك في الجميع بطل العتق، ويعتد من الإطعام بثلاثة، ويكمل عليها سبعة، وكذلك الكسوة، ويكفر عن يمين بما احب،

1) ما بين القوسين سقط من (ي).
2) في (ي): فان المقصود.
3) هنا في (ي): وقاله ابن حنبل وابو حنيفة والشافعي، الا انه كتب فوقها بخط دقيق: خ ـ ط، يعني: خطأ.
4) في (ي): (ح).

فان أحب ان يكسو عما بقي عليه، أو يطعم سبعة عشر، لأن الذي يحصل له ثلاثة، قال: وهذا غلط، بل يحتسب بثمانية عشر على القول بجواز التلفيق، وعلى المشهور: يحتسب بتسعة، لأنه أطعم عشرة عن ثلاثة أيمان يجزيه منها ثلاثة عن كل يمين، ويبطل مسكين واحد للشركة فيه، وكذلك الكسوة، فعلى الأول: يجزيه اثنا عشر، وعن الثاني: يخير بين اطعام احد وعشرين او كسوتهم، وفي (الكتاب): من كَسا وأطعم وأعتق عن ثلاثة أيمان، ولم يعين احدهما لأحدهما أجزأه، لأن النية لا تحتاج[1] الا عند الاختلاف، لأنها شرعت لتمييز مراتب العبادات عَن العادات، أو مراتب العبادات في أنفسها، وأسباب الكفارات مستوية، ولا يجوز اخراج قيمة الكسوة لدلالة النص عليها كما في الزكاة.

الحكم الرابع: إجزاء التكفير عن الغير، ففي (الكتاب): المكفر عن غيره بغير اذنه او بغير أمره أجزأه كالتكفير على الميت، وقال (ش): يجزئه بإذنه دون عدم إذنه، لأن اذنه ينزل[2] منزلة الوكالة في التمليك والتكفير، وقال (ح): ان لم يذكر البدل لم يجزئه، ووافقنا في الإطعام والكسوة. لنا على الفريقين. أنه قام عنه بواجب؛ فوجب خروجه عن العهدة، كرد الوديعة والمغصوب عنه، ولأنه إحسان فيكون مأمورا به لقوله تعالى: ﴿إنَّ الله يأمُرُ بالعَدْلِ والإحْسَانِ﴾ (النحل: 90) واذا كان مأموراً به يجزىء والا لَعَرِيَ[3] الأمر عن المصلحة وهو خلاف الأصل.

الفصل الثالث: في المخاطب بالكفارة، وفي (الجواهر): هو المسلم، لعدم صحة العبادة من الكافر المكلف، لأنها من الواجبات على الحانث لتحقق السبب بشرطه، وفي (التنبيهات): في يمين الصبي يحنث بعد البلوغ: تلزمه الكفارة، وينبغي أن يتخرج هذا على أن الحنث سبب أو شرط، وقال ابن حبيب[4]: ينعقد

---

1) في (ي): انما تحتاج حيث الاختلاف.
2) في (ي): يتنزل.
3) في (د): بعذر.
1) في (ي): ابن حنبل.

يمين الكافر وتلزمه الكفارة حنث في الكفر أو في الإسلام ، لقول[1] عمر رضي الله عنه : يا رسول الله إني نذرت في الجاهلية أن أعتكف يوماً في المسجد ؟ فقال عليه السلام : أوف بنذرك . ولأنه يستحلف عند الحاكم فينعقد يمينه كالمسلم ، والجواب عن الأول : أن مراده أيام الجاهلية بعد الإسلام ، ولم يقل : وأنا كافر ، وعن الثاني : الكفارة عبادة تفتقر الى نية[2] ، فلا تلزمه (كالطلاق)[3] وفي (الكتاب) : الكافر يحلف فيحنث بعد إسلامه[4] : لا كفارة عليه ، واذا أطعم العبد أو كَسَا بإذن سيده رجوت أن تجزئه ، وليس بالبين لضعف ملكه ، والصوم أحب إلي ، ولا يجزئه العتق ، ولو أذن له السيد. لأن الولاء لسيده ولو حنث وهو رقيق وكفر بعد عتقه أجزأه ، قال ابن يونس: قال ابن حبيب : إذا أذن السيد في الإطعام والكسوة لم يجزئه الصوم ، وقال أبو محمد[5] : يجزئه على مذهب (المدونة) لضعف اذن السيد ، قال بعض الأصحاب : اذا أذن السيد ثم رجع قبل[6] التكفير فله ذلك ، لأن الإطعام باق على ملكه حتى يخرجه ، وقيل : إن كان العبد حنث لم يكن له الرجوع ، وإلا فله .

---

1) رواه البخاري في الاعتكاف، باب الاعتكاف ليلا، ومسلم في الأيمان والنذور، باب من نذر في الجاهلية الخ عن ابن عمر.
2) في (ي): النية.
3) زيادة من (ي).
4) في (ي): الاسلام.
5) في (د): وقال محمد.
6) في (ي): بعد، وهو تحريف.

كتاب النذر[1]

وفي (الإكمال) : نذِر بكسر الذال المعجمة نذارة : علم بالشيء ، ونذَرتُ لله تعالى نذراً بفتحها ومعناه : وعدت . وقال عرفة[2] : النذر ما كان وعداً على شرط ، فمن قال : لله عليّ دينار صدقة فليس بنذر ، فإن قال : إن شفى الله مريضي ، فهو نذر ، وبه قال (ش) : ولم يجب الوفاء بغير المعلق وان استحبه ، لعدم تناول النصوص إياه ، قال : وقال جماعة من الفقهاء : الوعد المجرد يسمى نذراً لقول جميل :

فليت رجالاً فيكِ قد نذروا دمي وهموا بقتلي يا بثينُ لقوني

وقال عنترة[*] :

الشاتمي عرضي ولم أشتمهما والناذرين دمي ولم ألقاهما

ويتمهد فقه الكتاب ببيان الملتزِم ، والملتزَم ، وصيغة الإلتزام . فهذه[1] ثلاثة أبواب .

(*) كذا البيت في النسختين محرف وهو من معلقته المشهورة، وفي الديوان ص 154 بشرح شلبي والأبياري طبع مصر: الشاتمي عرضي ولم اشتمهما والناذرين اذا القيتهما دمي.
ونبه الشارحان على رواية اخرى هي: اذا لم القهما.

1) في (ي): النذور.
2) في (د): وقال ابن عرفة. وهو خطأ.
3) في (د): في هذه.

البَابُ الأوَّل
في الملتزِم

وفي (الجواهر) : هو المكلف المسلم ، لأن الصبي لا يتوجه عليه الوجوب ، والكافر لا تتوجه عليه العبادات أعني فعلها .

البَابُ الثَّاني
في الملتزَم

وهو إما فعل أو ترك ،وكلاهما إما مندوب فيلزم أو واجب فهو على أصله لم يتغير بالنذر ، أو مكروه ، أو محرم فهو على أصله ، لقوله[1] عليه السلام في البخاري : **(من نذر أن يطيع الله فليطعه ، ومن نذر أن يعصي الله فلا يعصه)** فخصص الوجوب بالطاعة . فتأثيره – عندنا – خاص بالمندوب[2] كيف كان من جنسه ، واجباً أم لا ، وأوجب ابن حنبل في نذر المباح كفارة يمين ، لأنها عنده واجبة في نذر المعصية ، فقاس المباح بطريق الأولى ، ولأن امرأة قالت يا رسول[3] الله : **اني نذرت أن أضرب على رأسك بالدف** ، فقال عليه السلام : **(أوفِ بِنَذْرِك)** إلا أنه خيَّر بين فعل المباح وبين الكفارة ، وكذلك خيَّر في نذر اللَّجاج

---

1) البخاري في النذر، باب النذر فيما لا يملكوا في معصية. واحمد في (المسند) عن عائشة رضي الله عنها.
2) في (ي): بالمندوبات.
3) رواه ابو داود في الأيمان والنذور باب ما يؤمر به من الوفاء بالنذر. وروى احمد في (المسند) وسنده حسن.

ولم يشترط كون المنذور قربة ولا من جنسه واجب، والجواب عن الأول: منع الحكم في الأصل، وما ورد في قوله[1] عليه السلام: (ومن نذر أن يعصي الله فلا يعصه، وليكفر كفارة يمين) فالمراد: الإتيان بما يزيل الإثم من حيث الجملة، لأن الحسنات يذهبن السيئات، ولقوله[2] عليه السلام: (مَن قال: واللات والعزى فليقل: لا اله الا الله، ومن قال: تعال[3] أقامرك فيصْدق) وعن الثاني: اظهار المسرَّة له عليه السلام به مندوب، وقال المتقدمون من الشافعية: لا يلزم بالنذر الا مندوب من جنسه واجب، احترازا من تجديد الوضوء (لأنه ليس في الشرع وضوء)[4] واجب من غير حدث، ونحو عيادة المرضى، وزيارة القادم، وإفشاء السلام، وقال متأخروهم: المندوبات كلها تلزم بالنذر إلا ما يفضي الى ترك رخصة احترازاً من نذر الصوم والإتمام في السفر، أو القيام في الصلاة للمريض، والمباحات التي يتصور وقوعها قربات كالأكل ليقوى على العبادة، وكذلك النوم. لنا: الحديثُ السابق، وقال الحنفية: لا بد أن يكون من جنسه قربة واجبة، كمتقدمي[5] الشافعية، ولم يشترطوا التعليق على الشرط خلافا لـ (ش): وقالوا: المعلقُ إن كان شرطه[6] قربة وجب الوفاء به، أو مباحا أو معصية خُير بينه وبين كفارة يمين، لنا: الحديث السابق، وهو يقتضي وجوب الطاعة على الإطلاق، وصفة العبادات كإطالة الركوع، والمباح الذي يمكن التقرب به، كالنوم لقيام الليل.

فرع، فإن التزم تحريم ما ليس بحرام كالطعام والشراب: قال في

1) رواه النسائي في الأيمان والنذور، باب كفارة النذر، باسناد ضعيف.
2) البخاري في الأيمان، باب لا يحلف باللات والعزى ولا بالطواغيت، وفي ابواب اخرى، ومسلم في الأيمان، باب من حلف باللات والعزى فليقل: لا اله الا الله، وابو داود في الأيمان والنذور، عن ابي هريرة.
3) في (د): تعالى، وهي ساقطة من (ي).
4) ما بين القوسين ساقط من (د).
5) في (د): لمتقدمي.
6) في (د): شروطه.

(الجلاب): هو حلال ولا كفارة عليه، الا ان يكون ذلك في أمة وينوي به[1] عتقها فتعتق، وقال (ح) وابن حنبل: كفارة يمين في المأكول والمشروب دون الملبوس، لقوله تعالى: ﴿يَأَيُّهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ ـ الى قوله ـ : قَدْ فَرَضَ اللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ﴾ (التحريم : 1) وقد حرم عسلا[2] فأمره لله تعالى بالكفارة، وجوابه ما رَوَى ابنُ وهب (أنه عليه[3] السلام إنما حرم أم ولده) وقياساً على الملبوس.

(تفريع): وفي (الجواهر): ان التزم مطلق الصوم فيوم، إلا ان ينوي أكثر، أو مطلق الصلاة فركعتان، او مطلق الصدقة: فأقل ما يتصدق به، او الاعتكاف: فليلة ويوم، او الصلاة قاعدا مع القدرة على القيام قَعَد، وفيه اشكال من جهة أن القعود ليس بقربة، أو اعتكاف ليلة، قال مالك: يلزمه يوم وليلة، لأن العرب تعبر عن اليوم بالليلة، لقوله[4] عليه السلام: (مَن صَامَ رَمضان وأتبعه بستٍّ من شوال) ولم يقل بستة، وناذر صوم نصف يوم أو بعض ركعة يتمهما، كالمطلق نصف طلقة، والمعتبر في النذور :النية، فإن عدمت فالعرف، فإن كان للَّفظ مقتضيان: ففي حمله على الأول أو على الأكثر قولان، نظراً الى أن الأصل براة الذمة، أو الى الأحوط، ومتى التزم[5] ما ليس في ملكه فالمشهور: لزومُه إذا ملكه، وفي (المنتقى): اذا لم يعين لنذره مخرجا، فكفارة يمين، فإن قال: علي نذران: فكفارتان، والفرق بينه وبين اليمين: (أن[6] موضوع اليمين) للتأكيد، والنذر للالتزام، فلذلك اتحدت الأيمان وتعددت النذور، وسيأتي زيادة تقرير.

وفي (البيان): القائل: علي نذر : لا كفارة له الا الوفاء به: عليه كفارة يمين، لأن الوفاء بهذا النذر المطلق[7].

1) في (د): وينوي لمابه.
2) في (ي): حلالا.
3) رواه النسائي في التفسير من السنن، وابن جرير في تفسير سورة التحريم، واورده ابن كثير في تفسيره، وسنده صحيح.
4) مسلم في الصيام، باب استحباب صوم ستة ايام من شوال الخ، عن أبي أيوب، وابو داود في الصوم باب في صوم ستة ايام من شوال.
5) في (د): التمس، وهو تحريف.
6) ما بين القوسين سقط من (ي) ولا بد منه.
7) كذا. ولعل الصواب: مطلق

ثم انواع القربات التي يتسع الكلام فيها سبعة، النوع الأول: النسك، ففي (الكتاب): إن كلمتُ فلانا فعلي المشي، فكلمهُ لَزِمَه المشي في حَج أو عمرة، وقاله (ش). وابن حنبل، والمدرك: إما لأن الحج والعمرة العادة تلزم احدهما، واما لأن دخول مكة لا يتأتى الا بالإحرام بأحدهما، فكَانَ اللفظُ دالاً عليهما بالإلتزام، قال ابن يونس: وإحرامه من الميقاة لا من موضعه، قال اللخمي: الناذر المشيَ إن نوى حجا أو عمرة (او طوافا او صلاة لزمه، ويدخل محرما اذا نوى حجا او عمرة)[1] وان نوى طوافا يخرج دخوله محرما على الخلاف في جواز دخوله مكة حلالا، وناذر السعي وحده يختلف فيه: هل يسقط نذره أو يأتي بعمرة؟ لأن السعي ليس بقربة[2] بانفراده، فيصحح نذره بحسب الإمكان، وإن نوى الوصول خاصة معتقداً ان ذلك قربة فلا شيء عليه، أو معتقدا عدم القربة فتكون معصية فيستحب له أن يأتي بذلك المشي في عمرة أو طواف ليكفر عنه، فإن التقرب الى الله تعالى بما ليس بقربة أو بقربة بدون شرطها كصلاة الحائض، أو جزئها كصيام نصف يوم معصية، لأنه سوء أدب مع[3] الله تعالى، وانما صححنا نذره بالتكميل، لأن القاعدة أن يصرف العاقل متى دار بين الإلغاء والإعتبار. وكان حمله على الاعتبار أولى، صونا للإنسان عن خطط الفساد، وان لم يكن له نية، وكان من اهل المدينة: مشى في حج أو عمرة، لأنها عادتهم، فقام مقام الصريح، أو من اهل المغرب مشى في حج، لأنه عادتهم، وعلى أحد قولي مالك في أن اللفظ يحمل عند عدم النية على اللغة دون العرف: يسقط نذره، لأن المشي وحده ليس بقربة.

فرع، في (البيان): اذا نذرت المرأة المشي الى بيت الله تعالى، لزوجها منعها كما يمنعها التطوع، لأنها متعدية عليه، وفي (الكتاب): القائل: عليَّ المشي، ولم يقل: الى بيت الله، إن نوى مكة مَشَى، والا فلا، لأنه متردد، فلا تتعين القربة الا بالنية، وكذلك السفر او الانطلاق[4]، قال اللخمي: اختلف قول ابن

1) ما بين القوسين سقط من (د).
2) في (د) : بعبره ، وهو تحريف .
3) في (ي): على.
4) في (د): السير او انطلاق.

القاسم في الإيجاب بالركوب، وأوجب أشهب بهذه كلها الحج أو العمرة، والقائل: إلى بيت الله، هو الكعبة، إلا ان ينوي غيره، لاشتهاره، ولا يلزم المشيَ إلّا مَن قال: علي المشيُ الى مكة، أو المسجد الحرام، أو الكعبة، أو الحجَر، أو الركن، بخلاف الصفا والمروة، ومنى، وذي طوى، والحرام، وعرفة، ومزدلفة، وغيرها، من جبال الحرم (فلا يلزمه ذلك[1])، وقال ابن حبيب[2]: إن نذر المشي الى بقعة من الحرَم لزمه، والا فلا، قال اللخمي: وان قال: علي ركوب الى مكة فألزمه[3] مالك مرة، ولم يلزمه اخرى، وإن قال: عليَّ الذهاب[4] او السير او الانطلاق الى مكة لم يلزمه، وألزمه أشهب في ذلك كله الحج أو العمرة، وقال ابن القاسم ايضا في المشي الى مكة: لا شيء عليه، قال: ولا فرق بين هذه الألفاظ لدلالة جميعها على الوصول الى مكة، فان حمل قوله على العادة، وتأخر الوصول وهو في الحج أو العمرة لزمه ذلك في جميعها، والا لم يلزمه شيء، وقال أصبغ: يلزمه في ذلك كل[5] ما هو في داخل القرية كالصفا والمروة والأبطح والحَجون وقعيقعان وأبي قبيس، فإنه لاَ وصول للبلد الا بالإحرام، فاعتبر الدلالة المعنويَة دون العادية، وقال ابن حبيب: تلزمه اذا سمى الحرم أو ما هو فيه لدلالته على القرية دون ما خرج عنها الا عرفات، لأنه من مشاعر الحج، وألزمه ابن القاسم بالقرية دون الصفا والمروة، وهما داخلان فيها ومن المشاعر، وألزمهُ بالمسجد دون المقام وهو داخل المسجد، قال: وهو مشكل، لأن اللغة لا تقتضي ذلك، واستلزام القرية مشترك بينَها.

واعلم أن الظاهر أن ابن القاسم وجد في هذه الألفاظ عرفاً في زمانه فاعتبره، ثم زال وبقيت الفتوى، قال اللخمي: وناذر المشي لا يجزئه الركوب، لأنه افضل، وناذر الركوب لا يجزئه المشي إن قصد نفقة ماله في الركوب وإلا

---

1) ما بين القوسين ساقط من (د).
2) في (ي): ابن حنبل.
3) في (ي): وان قال: علي الذهاب الى مكة، او السير او الانطلاق او الى مكة.
4) في (ي): والزم اشهب ذلك كله في الحج...
5) في (ي): يلزمه في ذلك كله ما هو داخل القرية...

أجزأ، وان قال: علي المشْي أو الذهاب أو الانطلاق، يخير[1] بين المشي والركوب.

فرع: في (الكتاب): القائل: علي المشي الى بيت الله، إلا أن يبدوَ لي، أو أرى خيراً من ذلك، يلزمه المشي، وان قال: إن شاء فلان فلا يلزمه الا ان يشاء فلان، قال ابن يونس: الا أن يتضمن نذرُه فعلاً[2] نحو: ان كلمت زيداً، فينفعه ذلك، وكذلك الطلاق والعتاق، قال القاضي اسماعيل: لا ينبغي الخلاف في عدم اللزوم، لأنه معلق على مَشيئة آدمي، وانكر ذلك في (المبسوط) (وكذلك[3] عبد الحق في (تهذيب الطالب).

(تمهيد): اعلم أن كلام (الكتاب) وابن يونس في غاية الخفاء على المحصلين فضلاً على المبتدئين، ومثل هذه الحجة العمياء، والداهية الدهياء: قول صاحب (الجلاب): القائل: إن كلمت فلاناً فعلي الحج الى بيت الله إن شَاء الله، فكلمه، لم يلزمه شيء إن أعاد الاستثناء على كلام زيد، وان أعاده على النذر لم يسقط عنه شيء، فإعادته على كلام زيد إما باعتبار وجوده أو باعتبار عدمه، والأول لا يسقط النذر لأنه لو لم ينطق بالمشيئة لكانت معلومة، فإنه من المحال أنْ يكلم زيداً الا بالمشيئة، والمعلوم في حكم اذا صرح به لا يغير ذلك الحكم، والثاني، معناه: يلزمني الحج على تقدير الكلام إن أراد الله تعالى عدمه (وان[4]، اراد الله تعالى عدمه) لا يَقع بسبب (عدم)[5] اللزوم، والتقدير وقوعه، فيتناقض قوله، والتقدير: أن كلامه لا تناقض فيه، وكشف الغطاء عن الحق أن يقال: الأسباب الشرعية قسمان: منها ما وضعه[6] الله تعالى في اصل شرعه، ولم يكله الى خيرة خلقه، كالزوال للظهر، ورؤ ية الهلال للصوم، ومنها ما فوضه لخيرة عباده، فإن شاؤ ا جعلوه سبباً والا فلا، وهو شروط[7] التعليق، فمن شاء جعل دخول الدار سبباً

1) في (ي): خير، وهو خطأ.
2) في (ي): فعل، وهو تصحيف.
3) ما بين القوسين سقط من (ي).
4) ما بين القوسين سقط من (د)
5) زيادة من (ي)
6) في (ي): وصفه
7) في (ي): شرط التعاليق

لطلاق زوجته بتعليقه عليه، ومن لم يشأ لم يكن[1] سبباً في حقه، وكذلك سائر النذور وغيرها، وكل سبب مفوض الى العبد لا يصير سبباً الا اذا جَزم بسببيته، فمعنى عَودِ المشيئة على كلام زيد: أيْ لَا أجزم[2] بجعله سبباً إلا ان شاء الله تعالى جعله سبباً والا فلا، والله تعالى لم يشأ، لأنه لو شاء لجزم العبدُ، فجعله سبباً، لأنه لا طريق لسببيته الا ذلك، واذا لم يكن كلام زيد سبباً لا يلزم الحج به، أما اذا أعاده على الحج: فمعناه: اني جزمت بجَعلِه سبباً، فإن شاء الله تعالى لزمني الحج به على تقدير[3] الكلام. قلنا له: قد شاء الله بالضرورة. لأنا نعلم أن من أراده الله تعالى لسبب حكم فقد اراده بذلك الحكم، فمن أراده الله تعالى باصدار الصيغة المعتبرة في البيع فقد اراده بين[4] نقل الملك بالضرورة، ومن اراده بالسرقة المعتبرة فقد أراده باستحقاق القطع، وكذلك سائر الأسباب والأحكام، وقد صحت[5] فجعل الكلام سبباً للحج، فنجزم نحن بأن الله تعالى أرادك بحكم هذا السبب، فيلزمك الحج، ومعنى قوله في (الكتاب): الا ان يبدو لي، اي جزمت بالإلتزام وان بدا لي نقضته، وهو اذا جزم فلا خيرة له بعد ذلك، فان الإلتزام سبب وليس للمكلف خيرة في ابطال الأسباب الشرعية، ولا في اقتطاع مسبباتها، وبهذا يظهر الفرق بين هذا وبين قوله: عليَّ الحج ان شاء فلان، لأنه لم يجزم بالسبب الذي هو الإلتزام، بل علق ذلك على شرط لم يعلم وجوده الى الآن، فاذا وجد انعقد السبب، فلو فرضناه جزم باللزوم وقال: ان شاء فلان لم يلزمني شيء لم ينفعه، والى هذا المنهاج اشار ابن يونس، فهذه قواعد مجمع عليها عقلاً ونقلاً يخرج عليها كلامهم رحمهم الله، فعلى هذا اذا قال: إن دخلتِ الدار فأنتِ طالق، أو عبدي حر إن شاء الله وان شاء زيد. أمكن انتفاعه بهذا الاستثناء، وعدم انتفاعه، ومعنى قول مالك واصحابه: إن المشيئة لا تنفع في الطلاق ونحوه، اي في

---

1) في (ي): يجعله
2) في (ي): في لا احرام لجعله، وهو تصحيف
3) في (ي): تقديم
4) في (ي): بنقل الملك، ولعله الصواب
5) في (د): حرمت

حل السبب الملزم، كما يحل اليمين فلا تلزم الكفارة، اما اذا علق عليها سببية المسبب فيتعين الجزم بنفعها[1] وأن لا يختلف فيه، غير ان ابا الطاهر قال: إن المشيئة إن عادت الى الفعل دون اليمين فقولان: المشهور: انها لا تنفع، وهو يتجه اذا أعادها على الفعل باعتبار عدمه حتى يكون علق على كلام زيد على تقدير ارادة الله تعالى لعدمه، فيكون محالاً، فيجري فيه الخلاف في التعليق على المستحيل، أما على ما قرّرته[2] فلا يتأتى الخلاف. ولهذا قال صاحب (المقدمات): وعلى ابن القاسم في قوله: ان صرف الاستثناء الى الفعل لا ينفع، درك عظيم، لأنه علق على صِفةٍ مستحيلة وهو فعل ما لا يشاءه الله تعالى، قال: والأصح من جهة النظر خلافه، واذا أحطت بهذه المدارك امكنك صرف كل فتيا الى مدرك يليق بها، ولا يشكل عليك بعد ذلك شيء[3].

(تنبيه). قول الأصحاب: التعليق على مشيئة الله تعالى تعليق على مشيئة من لا نعلم مشيئته، بخلاف التعليق (على[4] مشيئة) آدمي هو على العكس، لأن متعلق مشيئة الله تعالى إما الوجود، وإما العدم، والواقع أحدهما بالضرورة، وهو مراد الله تعالى بالضرورة، فمشيئة الله تعالى معلومة بالضرورة، أما مشيئة غيره: فإنها تعلم بإخباره، وهي[5] لا تفيد العلم بل الظن، فعلم أن مشيئة الله تعالى معلومة، ومشيئة غيره غير معلومة.

فرع، في (الكتاب): ناذر المشي حافياً ينتعل، ويستحب له الهدْي، لأنه عليه[6] السلام رأى امرأة تمشي حافية ناشرةً رأسها (فاستتر منها بيده وقال: ما شأنها؟ فقالوا: نذرت ان تحج حافية ناشرة رأسها)[7] فقال عليه السلام: فلتختمر

1) في (ي): بنفسها
2) في (د) قرن به، وهو تصحيف
3) في (د): شيئاً .
4) زيادة من (د)
5) في (ي): وهو
6) رواه البخاري في الحج، باب من نذر المشي الى الكعبة، ومسلم في النذر، وابو داود في الأيمان والنذور. والترمذي في النذور والأيمان، والنسائي في الأيمان والنذر. عن عقبة بن عامر.
7) ما بين القوسين ساقط من (ي)

ولتنتعل ولتمش) . ونظر[1] عليه السلام الى رجل يمشي الى الكعبة القهقرى ، فقال: (مره فليمش لوجهه) وان قال: ان فعلت كذا وكذا حملت فلاناً الى البيت، وأراد التعب بحمله، حج ماشياً وأهدى، وليس عليه إحجاج الرجل، وإلاّ حَجَّ راكباً وأحج الرجل معه ولا هدي، فإنْ امتنع (الرجل، تركه ولا شيء عليه، وانه نوى احجاج الرجل من ماله:فليس عليه إلا احجاجه، فان امتنع)[2] سقط النذر: والناذر حَمْلَ عمودٍ او غيره الى مكة طلب المشقة: يحج ما شاء غير حامل شيئاً ويهدي، قال ابن يونس: اذا اراد التعب بحمل الرجل، قال بعض شيوخنا: يستحب الهديُ كهدْي ناذِر الحفا، واذا لم يرد حمله: قال بعض فقهائنا: انما يلزمه الحج بنفسه اذا نوى ذلك. ثم اذا تعين المشي: فالكلام في مبْدأه ومنتهاه والعجز عنه، فهذه ثلاثة اطراف: الطرف الأول: المبدأ، وفي (الكتاب): يمشي الحالف من مكان حلفه، لأنه موضع السبب، إلا ان ينوي غيره، وان قال: إن كلمتُ فلاناً فأنا محرم بحجة أو عمرة، فكلمه في غير أشهر الحج لم يلزمه الحج إلا الى أشهر الحج، الا ان ينوي من حين حنثه، وان كان في غيْر أشهر الحج، ويحرم بالعمرة وقت حنثه الا ان تبعد[3] الرفقة ويخاف فيؤخرها حتى يجد فيحرم، ويُحرم بالحج والعمرة من موضعه، لا من ميقاته الا ان ينوي، وقد تقدم في الحج ان الميقاة المكاني اخف من الزماني، وتقدم تقريره، فلذلك قال: يؤخر الى الأشهر[4] دون الميقاة المكاني، والقائل: أنا محرم يوم افعل كذا ففعل فهو محرم في ذلك اليوم توفية بمقتضى الصيغة، قال ابن يونس: قال محمد: لو[5] حَلف بمصر وحنث بالمدينة فليرجع الى مصر حتى يمشي، قال عبد الملك: اذا حنث ببلد الحلف فليمش من تلك المدينة من حيث شاء. قال محمد: وان حنث بغير البلد الذي حلف فيه ـ وهو ممن لا يقدر على المشي ـ فليرجع الى ذلك البلد ثم يمشي فيه ما قدرَ، ثم

---

1) لم اجده فيما لدي من مصادر
2) ما بين القوسين سقط من (د)
3) في (ي): يفقد
4) في (ي): اشهر الحج
5) في (ي): ان

يركب ويهدي، قال اصبغ: ان كان قريباً وليس عليه فيه مضرة رجع، وإلا مشى من حيث حنث[1] وأهدى، قال محمد: قال مالك: وله ان يمشي في طريق أخصر من طريق، قال اللخمي: ان انتقل الى بلد آخر مثله في المسافة مشى منه، لأن المقصود عدد الخطى في القربة، فإن انتقل الى أقرب منه باليسير فقيل: يُجزئه، وقال ابو الفرج: يهدي هدياً ويجزئه، وان كثر البعد لم يجزه، واذا قال: عليَّ المشي الى مكة وهو بها. خرج الى الحل وأتى بعمرة، لأن المفهوم من قوله: أن يأتي اليها: من غيرها، وأقل ذلك اوائل الحل، والقائل: على المشي الى المسجد، وهو بمكة، مشى الى المسجد من موضعه، وقال مرة: يخرج الى الحل، وان قال - وهو في المسجد -: علي المشي الى مكة، خرج الى الحل ودخل بعمرة، وقال سحنون: اذا قال: فأنا محرم فهو محرم بنفس الحنث وهو الحج والعمرة، وان قال: انا احرم، لم ينعقد عليه بنفس الحنث حتى يحرم، وقال: عليه ان يحرم وان لم يجد صحبة، والقائل: انا محرم يوم أكلمه، ولا يكون محرماً بمضي ذلك اليوم، ويجري فيه الخلاف بين مالك وسحنون، وقال ابن يونس: الحالف بصقلية، قال ابو عمران: يلزمه المشي من اقرب البر الذي يليه من افريقية، وهو بين، لأنَّهُ العادةُ في حلفهم، وقيل: من الإسكندرية، لأنهم انما يأتون افريقية للتجر، وقوله: لا يحرم حتى تدخل أشهر الحج، محمول على ما اذا كان يصل، اما البلد البعيد: فيحرم في الوقت الذي يصل فيه، وقال ابن القابسي: يخرج من بلده غير محرم. ويحرم حيث ادركته أشهر الحج، والأول لأبي محمد، وهو اولى، لأنه المفهوم من قوله: إن كلمت فلاناً فأنا محرم بحجة.

الطرف الثاني: نهاية المشي، ففي (الكتاب): يمشي في العمرة حتى يسعى، وان ركب بعد السعي فلا شيء عليه، وفي الحج الى طواف الإفاضة، (وقاله[2] (ش) لفراغ) اركان النسكين، وله الركوب في رجوعه من مكة الى منى، وفي رمي الجمار بمنى، وان أخر طواف الإفاضة، فلا يركب في الرمي[3] لبقاء ركن الحج،

1) في (ي): شاء
2) في (ي): الافاضة لفوات اركان... وما بين القوسين من (د).
3) في (ي): في الرمي للحج لبقاء ركن...

وله الركوب في حوائجه كما يركب في المدينة، فان المشي[1] انما هو قربة في آخر العبادة، واذا ذكر حاجة نسيها ركب في رجوعه لها، ويركب في المناهل، قال ابن يونس: قيل لابن القاسم: لِمَ[2] لا ينتهي مشيه اذا انتهى الى البيت وهو إنما الزم نفسه المشي الى البيت؟ قال: لأن الله تعالى يقول في الهدي: ﴿ثُمَّ مَحِلُّهَا إِلَى الْبَيْتِ الْعَتِيقِ﴾ (الحج: 33) ومحلها في الحج: مِنى.

الطرف الثالث: في العجز عن المشي، ففي (الكتاب): يركب فيما عجز، فاذا استراح نزل ثم يمشي ثانيا فيما ركب فقط، ويهدي لتفريق المشي، قال ابن عباس: ينحر بدنة، فإن عجز عما بقي عليه من المشي ثانياً لم يعد ثالثة، وأهدَى[3]، ولو علم في الثانية عجزه عن المشي: قعد وأجزأه الهدْي، فان علم عجزه ابتداء: فان كان شيخاً زمنا أو امرأة ضعيفة أو مريضا ايس[4] مِن البُرء: خرج راكبا ومشى ولو نصف ميل، وأجزأه مع الهدْي بعد ذلك، لقوله[5] عليه السلام: (اذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم) واذا رجا المريض قدرةً على المشي انتظرها، واذا مشى حجه كله وركبَ في الإفاضة، أو ركب الأميال لمرض، لم يعد ثانية وأهدى، ولو مشى السعي فقط قضى مشيه قابلاً فيما ركبه (قال[6] ابن يونس): لأنه ركوب كثير، ولان ركوبه في مواضع الحج اسهل ممن ركب في الطريق اليوم واليومين، قال مالك: ويهدي احب الي من غير ايجاب، ولم ير (عليه[7] الهدي) مثل من عجز في الطريق عجزا يوجب الرجوع، لأنه بلغ مكة وطاف وتم مشيه عند بعض الناس، وفي (الكتاب): (يرى عليه الهدي)[8] والرجل والمرأة سواء، وله جعل مشيه الثاني

1) في (ي): فان المشتري بها في آخر العبادة، وهو مصحف وناقص.
2) في (ي): قال ابن القاسم: لا ينتهي، وهو تحريف.
3) في (ي): وليهدى.
4) في (ي): يئس.
5) رواه مسلم في الحج، باب فرض الحج مرة في العمر، والنسائي في الحج، باب وجوب الحج. ورواية المصنف هنا بالمعنى. والحديث عن أبي هريرة رضي الله عنه، وقد تقدم.
6) زيادة من (د).
7) في (ي): ولم يره مثل من عجز...
8) ما بين القوسين سقط من (د).

في غير ما مشي فيه اولا إن أبهم نذره، وإلا ففي مثل الأول لتعيينه، ولا يجعل الأول ولا الثاني (في)[1] فريضة، قال ابن يونس: قال محمد: اذا مشى الطريق كله في عوده فلا هدي عليه، لأنه لم يفرق مشيه، قال ابن حبيب: من ركب ليقص الطريق من غير عذر اهدى بخلاف العذر، قال[2] ابو الطاهر: وظاهر المذهب: لا فرق بين العذر وغيره، وقد نص عليه في كتاب محمد، وليس هذا مثل صيام التتابع، لأنه لو لم يصل المشي المتتابع اجزأه، والقاعدة: ان العبادة تلزم بالشروع كما تلزم بالنذر، وانما جعله يمشي ثانيا في حج أو عمرة اذا كانت يمينه مطلقة، لأن رجوعه لنذره لا لما شرع فيه، قال ابن حبيب: والهدي ها هنا بدنة، فإن لم يجد فبقرة، فإن لم يجد فشاة، فإن لم يجد فصيام عشرة أيام متى شاء، وتجزىء شاة مع القدرة على الثلاثة، قال اللخمي: اما اذا كان المشي نصف الطريق فأكثر، قال عبد الملك: يمشي الطريق كله، ونحوه لمالك، وان كان نذره من مكان بعيد نحو مصر فلمالك في رجوعه قولان، قال: وعدم العود أحسن لعدم المشقة، كما انه لو كان من المغرب لم يعد بحال، وهذا كله في المضمون، أما عام تعينه فلا يقضي ولو مرضه كله، وان حضر خروج الحاج وهو في القرب مثل المدينة وهو مريض، خرج راكبا، وان كان مضمونا أخر لعام آخر، ولو نوى المريض ان يمشي قدرته لم يكن عليه هدي، وكذلك الشاب الضعيف القوة، والمرأة الشابة التي مشيها عورة، تمشي الأميال عزلة عن الناس ثم تركب وتهدي، وقال ابن حبيب: له جعل المشي الثاني في حج إذا نوى الأول في عمرة، لاندراج العمرة في الحج.

فرع، في (الكتاب): الناذر من المشي ما لا يبلغه عمره يمشي ما قدر عليه ويتقرب الى الله بما قدر عليه من خير له، لقوله تعالى: ﴿فَاتَّقُوا اللهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ﴾ (التغابن: 16)[3]، قال ابن يونس: قال بعض فقهائنا: إن عجز هذا وركب لا يرجع ثانية لأجل ركوبه، وعليه الهدي لِذلك، لأنه يرجع فيما عليه من النذر، قال ابو محمد: فله ان يجعل الثاني في حج أوعمرة، لعله يريد: إن لم يركب اولا في حجته

1) ساقطة من (ي).
2) في (ي): قال: وظاهر الكتاب .
3) ما بين القوسين آخر في (ي) الى آخر الفرع.

في المناسك، ولو ركب بمنى وعرفة ومزدلفة في حجه الأول، كيف ينبغي أن يجعل الثانية في عمرة وهو لا يصل ان يمشي ما ركب، وعن سحنون: لا يجعل الثانية في عمرة لأنها أقصر من عمل الحج، يريد: إن كان مشيه في غير المناسك.

فرع: في (الكتاب): اذا نوى بحجه فرضه ونذره أجزأه لنذره وقضى فرضه، أو قارنا العمرة لنذره والحج لفرضه لم يجزه من الفرض، وعليه دم القِران، وقال اللخمي: ولمالك في القارن: يجزيء في النذر ويقضي الفرض لقوته، وله ايضا: لا يجزيء عنهما للتشريك، قال: وأرى ان يجزيء عنهما، لأن القِران لا يحل بفريضة الإسلام، وكل ما جاز تطوعا حاز وفاءُ النذر به، قال ابن يونس: قال محمد في المفرد: هذا اذا لم يكن ينوي بنذره حجا ولا عمرة، وأما اذا نوى فلا يجزيء عنهما، لأنه لو مشى بحج لنذره ففاته لم تجزئه عمرة التحلل عن مشيه، فكذلك ها هنا، لأنه يصير لكل واحد منهما نصف حجة، وهما حجتان، أما اذا لم ينو فهو الذي قال فيه: يجزئه لنذره، وقال عبد الملك: يُعيدهما جميعاً استحسانا، وقال المغيرة: يجزئه عن الفريضة[1] لأنها اولى باستحقاق العمل، ويعيد النذر، قال محمد: فلو احرم بفريضة الحج ونوى مشيها لم يلزمه ذلك الا بنذر، قال: ويلزم ذلك في المحرم بنافلةٍ ينوي قيامها، فله صلاتها جالسا، وكذلك لو نوى قراة سورة طويلة.

النوع الثاني: اتيان المساجد، ففي (الكتاب): القائل: علي اتيان المدينة، أو بيت المقدس، أو المشي اليها، فلا يأتيها حتى ينوي الصلاة في مسْجديها أو ينوي فيها، أو يسميها لتعيين القربة او ما يلازمها، وان لم ينو الصلاة فيها أتاهما راكبا ولا هَدْي عليه، ولو نذر الصلاة في غيرهما من المساجد صلى بموضعه، وقاله (ش) وابن حنبل، قال اللخمي: قال ابن وهب: عليه ان يأتي مسجد المقدس والمدينة ماشياً، وقال محمد: ان قرب مشى، وقال القاضي اسماعيل: ناذر الصلاة في المسجد الحرام لا يلزمه المشي، قال: والمشي في ذلك كله احسن، لأن المشي في القُرب قربة، ومقتضى أصل مالك يأتي المكي المدينة لأنها أفضلُ، فإتيانها من مكة قربة بخلاف الإتيان من المدينة اليها، وقدم[2](ش) وابن حنبل: المسجد الحرام

1) في (ي): لفرضه، لأنه...

2) في (ي): ونذر، وهو تحريف.

عليها، فإن قال: علي المشي[1]، ولم يذكر مسجداً، فلا شيء عليه عند ابن القاسم، وعند اشهب: عليه المشي الى مكة، قال ابن يونس: يمشي الى غير الثلاثة ان كان قريبا كالأميال الثلاثة اليسيرة ماشياً ويصلي فيه، قال ابن حبيب: ان كان بموضعه مسجد جمعة لزمه المشي اليه، وقاله مالك، وبه افتى ابن عباس في مسجد قباء، وهو من المدينة على ثلاثة أميال، وفي (الجواهر): الناذر المكي أو المدني الصلاة في بيت المقدس، يصلي في مسجد موضعه، لأنه افضل، والمقدسي يمشي اليهما، والمدني الى مكة، والمكي الى المدينة، للخروج من الخلاف، وأصل هذا الباب: قوله[2] عليه السلام: (لا تُعمل المطي الا لثلاثة مساجد) فذكر مسجده عليه السلام ومسجد إيليا والمسجد الحرام، فاقتضى ذلك عدم لزوم المشي الى غيرها، فإن كل ما وجب المشي اليه وجب اعمال الركاب اليه، والا فلا.

قاعدة. النذر ـ عندنا ـ لا يؤثر الا في مندوب فَمَا لا رجحان في فِعْله[3] في نظر الشرع لا يؤثر فيه، وسائر المساجد مستوية من جهة انها بيوت التقرب الى الله تعالى بالصلاة، فلا يجب الإتيان الى شيء منها لعدم الرجحان، ويختلج في نفس الفقيه: أن المساجد افضل من غيرها اجماعا، وبعضُها افضلُ من بعض باعتبار كثرة طاعة الله فيها، إما لقدم هجرته أو لكثرة جماعته او لغير ذلك من اسباب التفضيل، ومقتضى ذلك: وجوب الصلاة فيها بالنذر لأجل الرجحان في نظر الشرع، ويندفع هذا الإشكال بأن القاعدة الشرعية: أن الفعل قد يكون راجحا في نفسه، ولا يكون ضمه لغيره أو ضمُّ غيره له راجحاً، وقد يكون، فمن الأول: الصلاة والحج راجحان، وليس ضمُّهما راجحاً في نظر الشرع، وكذلك الصوم والزكاة، بل قد يكون الفعلين راجحين وضمّهما مرجوح، كالصوم، ووقوف عرفة، والتنفّل، وصلاة العيد في المصلى، والركوع، وقراءة القرآن، والدعاء، وبعض أجزاء الصلاة، ومما

---

1) في (د): المسجد.
2) مالك في (الموطأ) في الجمعة، باب ما جاء في الساعة... يوم الجمعة، وابو داود في الصلاة. باب فضل يوم الجمعة الخ عن بصرة بن ابي بصرة. وهو صحيح.
3) في (د): فلعله، وهو تصحيف.

رُجح منفرداً ومضموما: الصوم والاعتكاف والتسبيح والركوع ونحو ذلك، فاعتقاد رجحان المساجد على غيرها، أو رجحان بعضها على بعض، لا يوجب اعتقاد رجحان ضم الصلاة اليها، لأن اعتقاد الرجحان الشرعي يتوقف على مدرك شرعي (بتوقيف على مدرك شرعي[1]) ولم يرد بل ورد الحديث المتقدم بعد ذلك.

النوع الثالث: الهدايا، وفي (الكتاب): القائل: علي هدْي، فما نَوَى والا فبدنة، فإن لم يجد فبقرة، فإن لم يجد فشاة، ولو قال: بدنة فلم يجدْها فبقرة، فإن لم يجدها فسبع من الغنم، فإن لم يجد فلا يجب صوم، فإن َاحب فعشرة أيام، لأنها بَدل في دماء الحج، فإن ايسر فَعَلَ ما نذر، وإن قال لِحُرّ: إن فعلتَ هذا أهديتك الى بيت الله فيحنث[2] فعليه هدْي، قال علي رضي الله عنه: شاة تصحيحا لتصرف المكلف بأقرب وجوه الإمكان، فإن قال: عبد فلان أو داره او شيء من ماله هدي فحنث فلا شيء عليه، لقوله[3] عليه السلام: (لا نَذْرَ فِي مَعصيةِ الله، ولاَ فيمَا لاَ يملك ابنُ آدم) قال اللخمي: قال مالك في الحج: القائل: علي هدي، يجزئه شاة. والمدرك: هل ينظر الى اعلا مراتب الهدي احتياطا أولاً قَلّه؟ لأن الأصل براءة الذمة، كمن نذر شهرا فقيل: يصوم ثلاثين، وقال ابن عبد الحكم: تسعة وعشرين، وهي قاعدة أصولية: اذا علق الحكم على اسم هل يقتصر على أدناه أو يرتفع لأعلاه؟ وقال ابن نافع: لا تجزئه البقرة عند العجز، لأن الناس لا يعرفون البدن الا من الإبل، وان صدقت على البقر لغة قاله الخليل، ودليلُ الغنم، حديث[4] جابر، نحرنا مع النبي عليه السلام البدنة عن سبع والبقرة عن سبع. وقال مالك ايضا: اذا اعسر صام عشرة ايام إن قال: عليَّ هدْي، وإن قال: علي بدنة: صام سبعين يوما، وقال اشهب: ان احب صام تسعين[5] يوما (وقال[6] اشهب

---

1) زيادة من (د).
2) في (ي): فيجب عليه، وهو تصحيف.
3) رواه النسائي في النذر باب كفارة النذر. ورواه ايضا مسلم في النذر باب لا وفاء لنذر في معصية الله وفيما لا يملك العبد. عن عِمران بن حصين رضي الله عنه.
4) مسلم في الحج، باب الاشتراك في الهدي، ومالك في (الموطأ) في الضحايا، باب الشركة في الضحايا عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما.
5) في (د): سبعين.
6) ما بين القوسين سقط من (ي).

ان احب صام سبعين) او اطعم سبعين مسكينا، لأن الكفارات لكل يوم مسكين، وفي (الكتاب): القائل: لله علي نحر جزور ينحرها مكانه، وكذلك اذا قال: بالبصرة، وسوق البدن الى غير مكة من الضلال، وقال ايضا: ينحره حيث نوى لتعلق حق (تلك[1]) المساكين بها، قال ابن حبيب: والحالف بصدقة ماله على بلد يتصدق[2] به على مساكين تلك البلد، والبحث ها هنا كالبحث في إتيان غير المساجد الثلاث، وقد تقدم، والناذر هَدْيا معينا يوفي به إن كان يبلغ سالما من العيوب، وفي (سنن الهدى): ويبعث الإبل وان بعد الموضع، وان لم يبلغ، بيع واشتري بثمنه من الإبل ان بلغ، أو من البقر، والا فمن الغنم، والا تصدق بالثمن عند ابن القاسم حيث شاء، وقال مالك: يجعله فيما تحتاج اليه الكعبة، قال: والراي[3] أن يتصدق به بمكة، ولو شرك به في هدي لكان له وجهٌ، ويشترى بموضع يرى انه يبلغ أصلح، ولا يؤخر الى موضع أعلا إلا أن يتعذر سائقه فيؤخر الشراء الى مكة ثم يخرج به الى الحل لأنه شرط الهدي، وان وجد شراء الأقل ببعض الطريق وشراؤه بمكة يوجد أفضل، اشتري الآن وسيق الى مكة، وان كان الأول خمسا او ستا من الغنم ووجد بثمنها بقرة اشتراها، وان كانت ثماني فاكثر فشراؤ ها افضل من شراء البدن ان كفاها الثمن، لأن البدنة جعلت عن سبع فالسبعة افضل.

وان نذر عبدا او دارا بيعت واشترى من موضع هو أصلح، قال اشهب: ان نذر بدنة عوراء او عرجاء معيَّنة أهداها، أو غير معيَّنةٍ اهدى سليمة، قال: وأرى المعين وغيره سواء اذا قصد القربة والا فهو نذر معصية، وفي (الكتاب): القائل: لِلّهِ علي نحر بدنة أو هدي ينحر بمكة، وان قال: جزور، نحر بموضعه، لأنه لفظ لا يختص بمكة، وإن نوى موضعا أو سماه لا يخرجها اليه، كانت معينة او غير معينة، وناذر مال غيره لا شيء عليه، أو ماله يشتري بثمنه هديا، فان بعث به اشترى بثمنه هناك، فان لم يبلغ هديا فأقله شاة، أو فضل عنه مالا يبلغ هديا دفع

1) زيادة من (د).

2) في (ي): فلا يتصدق به على مساكين ذلك البلد، وفيه تحريف.

3) في (ي): وأرى، ولعله الصواب.

لِخَزَنَةِ الكعبة ينفق عليها، قال ابن القاسم: ان احب تصدق به حيث شاء، وأعظم مالك ان يشرك مع الحَجَبَة غيرهم، لأنها ولاية منه عليه السلام لدفعه[1] المفاتح الى عثمان بن طلحة، وان خاف على المنذور هديا عدم الوصول للبعد: باعه واشترى بثمن الغنم غنما، وبثمن الإبل ابلا، وبثمن البقر بقرا، ويجوز ان يشتري بثمن البقر ابلا، لأنها لما بيعت صارت كالعين، وأكره شراء الغنم بثمنها حتى يعجز عن البدن والبقر من مكة او من موضع تصل. وان ابتاعها من مكة أخرجها للحل ثم أدخلها الحرم، لأنه شرط الهدي، وفي (الجواهر): القائل: علي هدي: إن نوى شيئا فعله والا فبدنة، فإن لم يجد فبقرة، فان لم يجد فشاة، وقال اشهب: ادنى ما يجزئه شاة الا أنْ ينوي افضل منها.

فرع: في (الكتاب): القائل: إن فعلتُ كذا فاني أنحر ولدي، فعليه كفارة يمين، قاله ابن عباس نظرا لفداء إسْحق عليه السلام، أو لأنه نذر لا مخرج له لتعذر هذا المخرج شرعا، ثم رجع مالك فقال: فلا شيء عليه الا ان يريد التقرب بالهدي فيهدي، والقائل: انحر ولدي بين الصفا والمروة أَو بمنى فعليه الهدي، لأن طرق مكة وفجاجها كلها مَنحرٌ، فصار للفظ دلالة على التقرب بالهدي، لكن بما لا[2] يجوز التقرب به فيسقط الخصوص لتعذره شرعا، ويبقى العموم سالما عن المعارض، وهو مفهوم الهدي، فيوفي به، ويلزمه في أبويه ما يلزمه بالولد، قال ابن يونس: قال ابن القاسم: وكذلك الأجنبي، وقال بعض فقهائنا: انما يهدي في الولد اذا ذكر فعلا، نحو قوله: إن فعلت، واما قوله: علي نحر ولدي لله، فلا شيء عليه، لأنه نذر معصية، قال: والكل عندي سواء[3]، والصواب: أن لا شيء عليه إلا ان ينوي[4] وجه الهدي، وفي (الجواهر): لو كان للحالف عدة اولاد أهدى عن كل واحد منهم هديا، وقيل: يكفي هديٌ لجميعهم.

---

1) رواه ابن سعد في (الطبقات) (ق 1 ج 99/2) والواقدي في (المغازي) ص 339 طبع اوروبا، وفي الواقدي كلام معروف.

2) كذا، ولعل (لا) زائدة. فتأمل.

3) في (ي): صواب

4) في (ي): إلا أن يريد وجه الهدي.

النوع الرابع: الضحايا، في (الجواهر): القائل: لله علي ان اضحي ببدنة، لم تقم مقامها بقرة مع القدرة، وفي اخراجها مع العجز خلاف، وفي اخراج سبع من الغنم عند العَجز عن البقرة خلاف، وفي (الكتاب): الإجزاء فيهما.

تنبيه : الأصل في النذر أن لا يجزىء عنه غيره وإن كان أفضل منه عند الله تعالى ، فناذر التصدق بدرهم لا يجزىء عنه ألف ، وكذلك سائر المندوبات ، لأن النذر واجب ، وفعل غيره غير واجب ، وغير الواجب لا يجزىء عن الواجب ، خولفت هذه القاعدة في هذه المسألة المتقدمة على الخلاف ، وفي ناذر الركوب : يجزئه المشي ، وليس منه ناذر الصلاة في المقدس وهو بالحرمين ، فإنه يصلي مكانه ، لأن الخروج من الحرمين للصلاة في غيرهما ليس قربة ، فلم ينعقد النذر في أصله ، لأنه عوض عما وجب بالنذر .

النوع الخامس: الرباط، ففي (الكتاب): ناذر الرباط او الصوم بموضع اتيانُه قربة: كعَسقلان والاسكندرية، يلزمه ذلك، وان كان من اهل مكة والمدينة، لأن الرباط فيهماللعدو، وليس فضيلة في غيرهما، قال اللخمي: ولو نذر المكي اتيان هذه للصلاة فقطويعود،صلى[1] موضعَه ولم يأتها. وفي (الجواهر): ولا يلزمه المشي ها هنا وان سماه، لعدم الدليل على كونه قربة في الرباط.

النوع السادس: الصدقة[2]، ففي (الكتاب): القائل: لله عليّ أن أهدي مالي، أو مالي صدقة في سبيل الله، أو أهدي، أو حلف فحنث،أجزأه الثلث، وقاله ابن حنبل، وإن سمى داراً أو دابة أو غيرهما أخرجه، وان احاط بماله، فكذلك إن سمى حزاً ولو كان اكثر من ثلاثة ارباعه، ما لم يقل: الكل، لما في (الموطأ[3]): أن ابا لبابة حين تاب الله عليه قال يا رسول الله: أهجر دار قومي التي أصبت فيهاالذنب،واجاورك وأنخلع من مالي صدقة الى الله والى الرسول[4]؟ فقال

---

1) في الأصلين: على، وهو تصحيف.
2) في (ي): الصدقة بالمال.
3) في الأيمان والنذور، باب جامع الأيمان، عن محمد بن شهاب الزهري بلغه ان ابا لبابة... وهو بلاغ، وفي سنده انقطاع وجهالة.
4) في (ي): رسوله.

له عليه السلام: (يجزئك[1] من ذلك الثلث)، فقوله ﷺ: يدل على انه التزم الصدقة بجملة المال) لأن الاجزاء فرع شغل الذمة، فاذا عين شيئا اخرجه،لأنه يجوز أن يدخل في ملكه ما لا يعلمه بالميراث، والأصل: الوفاء بالصّيغة، وفي الصحيحين[2] (لاَ صدقَة إلاّ عن ظهر غنى، وابدأ بمن تعول) فتكون الصدقة بكل المال غير مطلوبة للشرع، فلا تلزم بالنذر.

فرع، قال صاحب (تهذيب الطالب): اذا أخرج الثلث أنفق عليه من عنده كالزكاة، وقيل: من الثلث، قال ابنٌ يونس: هو كذلك إنْ قال: هدي، وان قال: صدقة وليس بالموضع مساكين: قال مالك: النفقة من الثلث ايضا، ولو قال: الثلثان فلا خلاف أن النفقة من عنده، قال: وينبغي ان لا فرق، لأن من أوجب هدياً فقد أوجب على نفسه ايصالَه، وروي عن عائشة رضي الله عنها: تلزمه في صدقة[3] ماله كفارة يمين، وعن ابن[4] مسلمة: زكاة ماله، وقال ابن نافع: من تصدق بمعين، وهو ماله كله: اخرج الثلث، وروي عن مالك:إذا سمى اكثر من الثلث اقتصر على الثلث، قال صاحب (البيان): وروي عن مالك: ان كان موسراً فالثلث، والا فربع عشره، أو مُعدماً فكفارة يمين، والحالف بصدقة ما يكتسبه أبدا فيَحنث فلا شيء عليه اتفاقا، فإن قيده بمدة أو بلدة فكذلك عند ابن القاسم، وقال ايضا: يتصدق بالثلث، وإذا[5] قال: كل مال أملكه الى كذا من الأجل،صدقة فخمسة اقوال: ثلث ما يملكه الآن وما يملكه فيالمستقبل، لابن عبد الحكم، وثلث ما له الآن وجميع ما يملكه الى ذلك الأجل،لابن القاسم، وثلث ما يملك الآن فقط، وجميع ما سيملكه فقط، ولا شيء عليه مطلقا، ومنشأالخلاف: لفظ :أملكه

---

1) محل ما بين القوسين بياض في (د).
2) البخاري في الزكاة، باب لا صدقة إلاّ عن ظهر غنى، وفي النفقات وغيرها، وابو داود في الزكاة باب الرجل يخرج من ماله، والنسائي، ولم يوجد عند مسلم، عن ابي هريرة، ولفظه: خير الصدقة ما كان. . وهو بلفظ: لا صدقة. في البخاري تعليقا.
3) في (د): الصدقة ماله.
4) في (ي): اي.
5) في (ي): ولو.

هل هو موضوع للحال، أو الاستقبال أو لهما وكلهُ نقله النحاة، وأما اذا نذر الصدقة بجميع ما يفيده الى مدة،أو في بلده[1] أُخرج ذلك قولا واحدا، لقوله تعالى: ﴿أَوفُوا بِالعُقُودِ﴾ (المائدة: 1) وقوله تعالى: ﴿وَمِنْهُم مَنْ عَاهَدَ اللهَ لَئِن آتَانَا مِنْ فَضْلِهِ لَنَصَّدَقَنَّ وَلَنَكُونَنَّ مِنَ الصَّالِحِينَ، فَلَمَّا آتَاهُمْ مِنْ فَضْلِهِ بَخِلُوا بِهِ وَتَوَلَّوا وَهُمْ مُعْرِضُونَ﴾ (التوبة: 75) الآية،قال: وان كان لم ينص في كتابه على الفرق بين النذر واليمين، والوجه: الفرق بينهما، وفي (الجواهر): قال سحنون: عين ما لا: ان لا يخرج ما لا يضربه، وفي (الكتاب): الحالف يهدي عبده المعين وجميع ماله: يهدي المعين وثلث باقي المال، وكذلك الصدقة وغيرها، ولو قال: فرسي ومالي في سبيل الله، فليتصدق بثمن العبد في قوله صدقة، وفي السبيل :يدفع الثمن لمن يغزو به من موضعه ان وجد، والا يبعث به،والفرس وآلة الحرب يبعثه بعينه، فإن تعذر بعث بثمنه يجعل في مثل المبيع،بخلاف ثمن الهدْي يباع اذا لم يبلغ ويشترى بثمنها إبل،لأن المقصود من الجميع الأكل، وأما في قوله: صدقة، فيبيع الجميع، والسبيل هو الجهاد والرباط.

تفريع، قال ابن يونس: قال ابن القاسم: اذا حنث مرة اخرى قبل اخراج الثلث أخرج الثلث وثلث الباقي[2]، ثم قال: بكفيه الثلث،وبالأول اخذ محمد وأشهب، قال مالك: اذا حلف بصدقة ماله (ثم زاد ماله فعليه ثلث ماله يوم الحلف، لأنه الذي يتناوله السبب، وان نقص فثلثه يوم حنث لأنه الممكن، واذا حنث ثم نما ماله ثم حنث فنما ماله)[3] فعليه ثلث ماله، ثم حنث فنما ماله أخرج ثلث ما معه الآن، لأنه ثلث الأول وثلث الزيادات، وان لم يزد لم يخرج الا ثلثا واحدا، ولو حنث وماله مائة، ثم حنث وهو سبعون، ثم حنث وهو اربعون، فعليه ثلث المائة إلا أن ينقص ما بيده عنه فلا شيء عليه غير ما بيده، الا ان يذهب باتلافه أو أكله فيلزمه دينا عليه، ولا يضمن بالتفريط في اخراجه، قاله مالك، لأنه كالشريك، وقال محمد: ان كان على حنث ضمن ما ذهب بسببه،

---

1) في (ي): بلدٍ آخر.

2) في (د): اخراج الثلث وثلث الباقي، وفيه نقص.

3) ما بين القوسين سقط من (د).

والا فلا، واذا اخرج الثلث فمن العين والدين وقيمة الكتابة، وان عجز المكاتب يوماً[1] وفي قيمة رقابهم فضل أخرج ثلثه، ولا شيء في ام الولد ولا المدبر لتعذر بيعها، وقال سحنون: يخرج ثلث قيمة خدمتهم، فان لم يخرج ثلثه حتى ضاع فلا شيء عليه فرط أم لا، وقال سحنون: يضمن المفرط كالزكاة، والفرق للمذهب: أن الحالف بالصدقة قيل: لا شيء عليه، وقيل: كفارة يمين بخلاف الزكاة، فان لم يكن له يوم حلف مال فلا شيء عليه فيما يتجدد، لعدم تناول السبب اياه، وفي (الجواهر): في (الواضحة): إن حلف فحنث وقد زاد ماله: ان كانت الزيادة بمتجر فلا يلزمه اخراج ثلثها، أو بولادة أخرج ثلثها وثلث الأصل، والقائل: كلُّ ما أربحه في هذه السلعة صدقة، يجري على الخلاف في قوله: كلُّ ما اكتسبه صدقة في مدة معينة أو بلدة، وفي (الكتاب): القائل: ما لي في الكعبة او رتاجها أوحطيمها، فلا شيء عليه، لأنها لا تنقض فتبنى. والرتاج: الباب ومنه: أرتج على الخطيب والقارىء بتخفيف الجيم اذا انغلق دونه باب الكلام، فإن قال: في كسوة الكعبة او طيبها: دفع ثلث ماله للحَجَبة، وان قال: اضرب بمالي او شيء بعينه حطيم الكعبة أو الركن، فعليه حجة أو عمرة ولا شيء عليه في ماله، لأن الضرب ليس بطاعة، ويصحح لفظه بحسب الإمكان فيحمل على الوصول اليها للقربة المعتادة، قال الله تعالى: ﴿وإذا ضَرَبْتُم في الأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُناحٌ﴾ (النساء: 101) الآية، قال اللخمي: قال ابن حبيب: يتصدق بماله.

النوع السابع: الصوم، وفي (الجواهر): الناذر الصوم يلزمه يوم، وفي لزوم التتابع في الصوم المتعدد أقوال: ثالثها: إن ذكر اعواما أو شهورا جملة أو آحادا لزمه، أو أياما فلا، ومذهب (الكتاب): عدم اللزوم مطلقا، وقال في (الكتاب): وناذر الشهور المتتابعة وغير المتتابعة له صومها بالأهلة وبغير الأهلة، فان صامها بالأهلة وكان الشهر تسعة وعشرين أجزأه، أو بغير الأهلة أكمله ثلاثين، وإن صام بعض شهر فله أن يصوم بالأهلة ثم يكمل الأوَّل، وناذر سنة (غير)[2] معينة يصوم

1) في (د): مرصا.
2) زيادة من (د) ولا بد منها.

اثني عشر شهرا ليس فيها رمضان ولا يوم الفطر ولا أيام الذبح، وما صام من الأشهر فعلى الأهلة، وما افطر[1] فيه لِعذر أتمه ثلاثين، ولو عين يوماً بصوم[2]، تعين، ولو شرط التتابع لزمه، قاله في (الكتاب)، والقائل: أُصوم هذه السنة لم يلزمْه قضاء أيام العيد والتشريق ورمضان إلا ان ينويه، وروي: أن ناذر ذي الحجة يقضي أيام النحر إلا ان ينوي عدم القضاء، والقولان في (المدونة)، وبالأول اخذ ابن القاسم، وفي (الكتاب): يصوم في السنة (المعينة[3] اخر) أيام التشريق، وما أفطره فيها لعذر فلا قضاء عليه، وإلاّ قضاه، وإن أفطر (شهراً لغير عذر وكان تسعة وعشرين قضى عدد ايامه متتابعا أحب الي، ويجب قضاء ما أفطر)[4] في السفر: قال في (الكتاب): لا ادري ما السفر؟ قال ابن القاسم: وكأنه أحب[5] أن يقضي، وهو خلاف نقل (الجواهر). وناذر سنة لا يكفيه الا اثنا عشر شهرا، ولا يسقط رمضان ولا العيدان والحيْض، وناذر صوم يوم يقدم فلان، فقدم ليلا: يصوم صبيحة تلك الليلة، قاله في (الكتاب). وقال (ش) وابن حنبل: لا يصوم لفوات شرط القدوم في[6] اليوم، وهو النهار، لقوله تعالى: ﴿فَعِدَّةٌ مِن أيامٍ أُخَرٍ﴾ (البقرة: 184) وجوابه: ان الليلة تبع للنهار، لقوله[7] عليه السلام: (من صام رمضان وأتبعه بست من شوال) ولم يقل: بستة، فإن قدم نهاراً: فقال ابن القاسم في (الكتاب): و(ش) و(ح): لا شيء عليه لتعذره عليه شرعا، وقال اشهب: يصوم غيره، لأن الشرط يقتضي مشروطه بعده، والقدوم في اليوم مشترط[8]، ولو قدم في الأيام المحرم صومُها: فالمنصوص: نفى القضاء لتعذره شرعا. والقضاء فرعُ سبب وجود الأداء، قال عبد الملك: ولو علم بقدومه أول النهار فبيت الصيام لم يجزئه لتقدمه على سبب الوجوب، كالصلاة قبل الزوال، وليصم اليوم الذي يليه،

1) في (ي): افطره.
2) في (ي): للصوم.
3) زيادة من (د).
4) ما بين القوسين ساقط من (د).
5) في (د): احب الي أن...
6) في (د): وفي الليل اليوم.
7) تقدم تخريجه.
8) في (ي): يشترط.

ولو نذر صوم يوم قدومه ابداً لزمه، إلا ان يوافق يوما محرما فلا يقضي، وكذلك إن مرضه، وقال ابن حبيب: يقضي في المرض اول ما يصح، ولو نذر صوم يوم سماه فوافق يوم حيض أو مرض لم يقضه. قاله في (الكتاب) وكذلك لو كان شهراً، وقيل: يلزمه القضاء، وفي (الكتاب): ناذر الشهر المُعين يفطره متعمداً يقضي عدد أيامه متتابعات أفضل، فإن نذره متتابعا بغير علة[1] فأفطر منه ابتدأه، وناذر صوم يوم بعينه يفطرهُ متعمدا يقضيه، وكره مالك نذر صوم يوم لوقته، وناذر صوم الدهر يلزمه، ولا شيء عليه لأيام العيد والحيض ورمضان، وله الفطر بالمرض والسفر، ولا قضاء لتعذره، وقاله (ش)، ونذر صوم يوم العيد او الشك ملغىً كنذر الصلاة في الأوقات المكروهة، وقاله (ش) وهو مذهب (الكتاب).

1) في (ي): عينه.

الباب الثالث

في صيغ الالتزام

وفي (الجواهر): فهي[1]: لله علي صوم أو نحوه مطلقا أو معلقًا[2] الشرط، نحو: إن شفى الله مريضي، وقد تقدم اول الكتاب أن النذر الوعد كيف كان، ومدركه، فإن قال: ان كلمتُ زيداً فعلي كذا ونحوه من الشروط المقصودة الإعدام لا الإيجاد، لزم على المعروف من المذهب، وحكي عن ابن القاسم: تكفيه كفارة يمين، وقاله (ش) وابن حنبل.

(تمهيد). في مسلم[3] قال عليه السلام: (كفارة النذر، كفارة يمين) حمله (ش) وابن حنبل على نذر الحاج[4]، وهو ما قصد به حث على الإقدام والإحجام، نحو: إن عصيتُ الله تعالى فعلي صوم. جمعاً بينه وبين الإجماع على الوفاء بالنذر. في الدارقطني[5]: قال عليه السلام: (من جَعل المشيَ الى بيت الله في أمر لا يريد به وجه الله تعالى، فكفارته كفارة يمين) وهو ضعيف السند، وحمله مالك على النذر الذي لا مخرج له، وهو اولى لوجوه[6]: أحدها: أن لفظ الحديث مطلق فيحمل على المطلق الذي لا تعلق له، وثانيها: أن النصوص دالة على الوفاء بالملتزمات،

1) في (ي): في. وعبارة (الجواهر) في اول كتاب النذور هكذا: واما الصيغة، فهي ان يقول: لله علي صوم او صلاة او غيرهما من القرب ابتداء، ويعلق ذلك على وجود شيء ما، كقوله: ان شفى الله مريضي فللّه علي كذا الخ اهـ. منه بلفظه الذي علم منه ان المؤلف يتصرف في النقول.

2) في (ي): او معلقاً بشرط.

3) في النذر، باب في كفارة النذر، وابو داود في الأيمان والنذور عن عقبة بن عامر.

4) هنا تنتهي مصورة (ي) فالاعتماد في بقية الباب على (د) وحدها فليعلم.

5) في السنن (160/4) وهو بعض حديث من رواية عائشة ام المؤمنين، وضعفه الدارقطني، ووافقه شمس الحق العظيم آبادي في (التعليق المغني) حيث أشير.

6) في الاصل: لوجود، وهو تصحيف.

وهذا لم يلتزم شيئا معينا فتسلم النصوص على التخصيص بخلاف ما قاله[1]، وثالثها: ما في ابي[2] داود: قال عليه السلام: (من نَذَر نذراً لم يسمه، فكفارته كفارة يمين) وهو مقيد، فيحمل ذلك المطلق عليه.

قاعدة، الأحكام الشرعية قسمان: ما قرره الله تعالى في اصل شرعه ولم يكله الى اختيار عَبيده، كالصلاة ونحوها، ومنها ما وكله لاختيارهم وحصر ذلك في باب واحد، وهو نقل ما شاءوا من المندوبات الى حيز الوجوب بطريق واحد، وهو نقل النذر بأي شيء ارادوا ايجابه بذلك وجب والا فلا، ولما شرع الله تعالى الأحكام شرع لكل حكم سببا، وجعل الأسباب قسمين: منها، ما قرر سببيَّته في اصل شرعه ولم يَكلِه لاختيار عباده كأوقات الصلوات، واسباب العقوقات[3]، ومنها، ما وكله لاختيارهم فإن شاءوا كان سبباً والا فلا، وهو شرط النذر والطلاق والعتاق ونحوها فإنها اسباب يلزم من وجودها الوجود من عدمها العدم[4]، ولم يحصر ذلك في المندوبات كما عمل في الأحكام، بل عمّم ذلك في سائر الممكنات المستقبلات، من الواجبات والمحرمات، وما ليس من المكتسبات كهبوب الرياح، ونزول الأمطار، مما ليس فيه حكم شرعي ولا اكتساب اختياري.

فرع، في (البيان): النذر اما مندوب، وهو المطلق من غير شرط شكراً لله تعالى على ما قضى، أو مكروه، وهو المفكر مع الأيام مخافة التفريط، أومباح، وهو المعلق على شرط مستقبل، وفي (الجواهر) و(المقدمات): هذا هو المكروه عند مالك، لما في مسلم[5] (أنه عليه السلام نَهى عن النَّذر، وقال: إنه لا يأتي بخَير، وانما يُستَخرَجُ به من البخيل) قال: والكُلُّ لازم، وكيفما تصرف لا يقضى به لاشتراط النية فيه، وهي متعذرة مع الإكراه.

---

1) هنا بالاصل بياض.
2) في الأيمان والنذور، باب من نذر نذراً لا يطيقه، عن ابن عباس، وقد صح موقوفا.
3) كذا ولعلها، العقوبات.
4) هنا نهاية مصورة نسخة الدار المرموز لها بـ(د).
5) رواه البخاري في القدر، باب القاء العبد النذر الى القدر، وفي الأيمان والنذور، باب الوفاء بالنذر. والنسائي في الأيمان والنذور باب النهي عن النذر، وباب النذر لا يقدم شيئا ولا يؤخره والحديث عن ابن عمر رضي الله عنهما.

كتاب الأطعمة

وفيه بابان:

الباب الأول

فيما يباح للمختار

والمأكول إما جماد وإما حيوان أو نبات، والحيوان ضربان: بَحْري وبَري فالبحري[1]: قال مالك في الكتاب: يؤكل جميعه بغير ذكاة ولا تسمية، سواء صِيّد أو وجد طافيا أو في بطن طير الماء وبطن حوت صاده مسلم او مجوسي، كان له شبه في البرّ أم لا. وقال (ش): السمك حلال، وأما غيره من الدواب مما ليس له شبيه في البر أوله شبيه حلال فهو حلال.

وفي افتقاره الى الذكاة قولان نظراً الى كونه سمكاً أم لا، وما له شبه حرام كالخنزير والكلب وهو يعيش في البَر كالضفدع فهو حرام لأنه من الخبائث، أو السباع كالتمساح.

وقال (ح): يحرم غير السمك الذي يموت بنفسه لاندراجه في الميتة المحرمة، ووافقنا ابن حنبل في الضفدع والتمساح. وتوقف مالك في خنزير الماء، وقال ابن القاسم: أمقته من غير تحريم، ونقل ابو الطاهر قولا بالتحريم لعموم قوله تعالى: ﴿وَلَحْمُ الخِنْزِيرِ﴾[2]. وفي ا لجواهر: قال ابن نافع: ما تَطُولُ حياتُه في البَر يفتقر إلى الذكاة.

---

(1) في المخطوط ي: كالبحري، وهو تصحيف.
(2) المائدة، 3.

واختلف في كراهة كلب الماء وخنزيره. احتج (ح) بنَهْيه[1] عليه السلام عن أكل الطافي، وقال: (ما جَزر عنه البحر فكلوه، وما مات فيه وطفا فلا تأكلوه) ولأنه مات حتف أنفه فلا يؤكل كالشاة، والجواب عن الأول: أنه ضعيف، وعن الثاني: العُرف بأن البري حرمه الشرع اذا لم تستخرج منه الفضلات المستخبثة بأيسر الطرق عليه وهو الذكاة إلا لضرورة كالصيد، وقد سقط اعتبار الفضلات في البحري بدليل المصيد فيحل مطلقا، ولقوله تعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ البَحْرِ وَطَعَامُه، مَتَاعاً لَكُمْ﴾[2] ولا طعام بعد المصيد الا الطافي[3] ولما في الصحاح[4] أن أبا عبيدة رضي الله عنه مع الصحابة رضي الله عنهم وجدوا على شاطيء البحر دابة تدعى العنبر ، فأكلوا منها وأدهنوا وأتوه عليه السلام فسألوه عن ذلك فقال عليه السلام : هل معكم منه شيء فأطعموني ؟

فرع

قال ابن يونس: قيل: اذا مات الطير والحوت في بطنه[5] لا يؤكل لأنه نجس، والصحيح انه يغسل ويؤكل كما لو وقع في نجاسة، وكالجدي يَرضَع خنزيرة، والطير الذي يأكل النجاسة، فإنه يغسل بعد الذبح ويؤكل.

---

(1) يشير الى ما رواه ابو داود في الأطعمة من سننه، باب في اكل الطافي من السمك. عن جابر بن عبد الله، وهو ضعيف لضعف راو في سنده، وعنعنة آخر مدلس، وروي موقوفا على جابر، ورواه ابن ماجه في سننه وضعفوه انظر: (ضعيف الجامع الصغير) حرف الميم وتخريج المشكاة، كلاهما للألباني.

(2) المائدة ، 96 .

(3) هذا هو الصواب. وفي د: «الطائي».

(4) هو في صحيح البخاري في الصيد، باب قول الله تعالى (احل لكم صيد البحر) ومسلم في الصيد، باب اباحة ميتات البحر، ورواه مالك في (الموطأ) في صفة النبي (ﷺ). باب جامع ما جاء في الطعام والشراب. عن جابر بن عبد الله.

(5) اي بطن البحر.

فرع

قال صاحب[1] تهذيب الطَّالب: قال شيوخنا: اذا اشترى حوتا فوجد فيه جوهرة غير معمولة، فهي للبائع. لأنه لم يبعها إن كان صيادا، وان علم تداول الأملاك عليها فهي لُقَطة، وقال أبو العباس الأشباني: ان كانت مثقوبة فَلُقطة، وكذلك ان تداولها الأملاك.

وأما البري فحلال اجماعا، كالأنعام والوحش والطير السالم عن السبعية والمخلب والاستخباثِ، وحرام اجماعا وهو الخنزير، قال اللخمي: لحمهُ وشحمهُ وجلدهُ ولبنهُ، وخَصَّصت الآية[2] اللحم لأنه المقصود غالبا، وقد يؤكل الحيوان مسموطا[3]. ويختلف فيه، وهو[4] في (الكتاب): تؤكل الضرايب. وفي التنبيهات[5]: جمع ضرب، مثل ثمر وهو حيوان له شوك.

(فروع خمسة)

الأول: السباع، وفي الجواهر[6]: هي مكروهة على الإطلاق من غير تفصيل في رواية العراقيين، وهو ظاهر الكتاب وظاهر الموطأ[7] التحريم،

---

(1) هو الامام عبد الحق السهمي القرشي الصقلي المالكي المشهور توفي سنة 466 من كتبه (تهذيب الطالب) في شرح المدونة، وهو كبير، وينقل عنه القرافي كثيرا.

(2) يعني قوله تعالى: ﴿حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير..﴾ (المائدة: 3)

(3) اي مشويا.

(4) كذا ولعله سقط من هنا شيء، ويبتدىء الكلام بقوله: وفي (الكتاب): تؤكل....

(5) يعني بها تنبيهات القاضي عياض على المدونة، وهي مشهورة، وتوجد مخطوطة.

(6) يعني الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة لابن شاش المصري، وهي مخطوطة وتطبع الآن فيما بلغنا.

(7) روى مالك في (الموطأ) حديث كل ذي ناب من السباع فاكله حرام وبوَّب عليه: باب تحريم اكل كل ذي ناب من السباع.

وقاله الائمة. وقال ابن حبيب: لم يختلف المدنيون في تحريم العادي[1] كالأسد والنمر والذئب والكلب، وأما غير العادي كالضب والثعلب والضبع والهر الوحشي والانسي فمكروه.

وقال ابن كنانة : كلٌ ما يفترس ويأكل اللحم فلا يؤكل ، وغيره يؤكل ، لنا : قوله تعالى : ﴿قُل لا أجدُ فيمَا أُوحيَ إليَّ مُحَرَّماً عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إلاَّ أنْ يَكُونَ مَيْتَةً أوْ دَماً مَسفُوحاً أوْ لَحْمَ خِنزيرٍ فإنَّه رِجْسٌ أوْ فِسقاً أُهِلَّ لِغَيْرِ اللهِ﴾[1م]. فخرجت السباع عن التحريم . وورد[2] عليه أسئلة : الأول : ان هذا اجاز[3] عن الماضي من الوحي فيبقى المستقبل فيبطل الحصرْ . وثانيها : ينتقض بذبائح المجوس . وثالثها : أنها مكية ، ووجود الوحي بعد ذلك بالمدينة معلوم ، ورابعها : في الموطأ: قال[4] عليه السلام: (اكل كل ذي ناب من السباع حرام) زاد في مسلم[5]: (وذي مخلب من الطير). والجواب(★) عن الأول: أن لا لنفي المستقبل دون الماضي، فليس صرفها للماضي بأولى من صرف الماضي الذي هو أرجى الى الحالة المستمرة المشتملة على الماضي والحال والاستقبال، بل هذا أولى، لأن التصرف في الفعل أولى من الحرف، لأنه محل التصريف والتصرف، وعن الثاني: أن قيام الدليل على التخصيص لا يمنع من التمسك بالنص. وعن الثالث: أن قوله: (لا أجد) عام في المستقبل، وخبره عليه السلام حق. وعن الرابع: أنه محول على الكراهة جمعا بين الدليلين. سلمنا انه للتحريم، لكنه ينتقض بالثعلب والضبع مع قول الخصم بإباحتها. سلمنا

---

(1) اي المعتدي. من العدوان

(1م) الأنعام ، 145 .

(2) كذا والصواب: واورد، او وتورد.

(3) كذا ولعلها: اجاب.

(4) في (الموطأ) في كتاب الصيد، باب تحريم اكل كل ذي ناب من السباع.

(5) في الصيد، باب تحريم اكل كل ذي ناب من السباع.

(★) من هنا نبدأ المقابلة على نسخة (مراكش) (ابن يوسف) وقد اعتبرناها الأصل = ي.

عدم المنتقض، لكن اصابة المصدر الى الفاعل أولى من المفعول، فيكون ذُوا الناب هو الآكل فيحرم علينا ما افترسه ونحن نقول به.

تمهيد: أجرى الله تعالى عادته بتغيير الأغذية لْلأَخْلاَق حتى وصف الأطباء قلوب الأسود من الوحش والطير للشجاعة وقوة القلب، فمن أكل منها شيئا استحال طبعه اليه، والسباع ظالمة غاشمة قاسية بعيدة من الرحمة، فمنع الله تعالى بني آدم من اكلها ليلا يصير كذلك فتبعد من رحمته بكثرة الفساد والعناد، فمن العلماء من نهضت عنده هذه المفسدة للتحريم. ومنهم من لم تنهض عنده الا للكراهة.

الثاني: ذوات الحافر المقانسة[1]، وفي الجواهر: الخيل مكروهة، وقال (ح): دون كراهة السباع، وقيل: مباحة، وقاله (ش) وابن حنبل، وقيل: محرمة[2] ﴿وَالبِغَالَ وَالْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا﴾ (النحل: 8) فلو كانت يجوز أكلها لكان الامتنان به أولى ومذكوراً مع الركوب. قال اللخمي: الخيل أخف من الحمير، والبغال بينهما، وفي الصحيحين[3]: (نهى علبه السلام عن أكل لحوم الحمُر الأهلية وأذن في لحوم الخيل).

فرع

في الكتاب: اذا دجن حمار وحش وصار يحمل عليه، لم يؤكل عند مالك، نظراً لحاله الآن، وأجازه ابن القاسم نظراً لأصله.

الثالث: ما اختلف في أنه ممسوخ كالفيل والدب والقنفد والقرد

---

(1) كذا والكلمة مصحفة.

(2) كذا ولعله سقط منه قوله: لقوله تعالى: (والخيل والبغال....)

(3) في البخاري في المغازي والذبائح، وفي مسلم في الصيد، عن جابر بن عبدالله.

والضب، وفي الجواهر: اختلف في اباحته وتحريمه، لنهيه[1] عليه السلام عن ثمن القرد. ولو ابيح أكله لم يحرم ثمنه، وقيل: يجوز القرد إن كان يرعَى كل الحشيش، قال ابو الوليد: ظاهر المذهب، عدم التحريم.

تنبيه. في مسلم[2]: (سئل عليه السلام عن أكل الضباب فقال عليه السلام: ان امة مسخت واخشى أن يكون منها، ثم قال[3] بعد ذلك، ان الممسوخ لا يعقب) في حديث آخر، وهذا هو الصحيح، فإنه عليه السلام كان يخبر بالأشياء مُجملة ثم يفصل له فيقدم التفصيل على الإجمال، وكذلك أخبر بالدجّال مُجملا فقال[4] حينئذ: (إن يخرجْ وأنا فيكم فأنا حجيجهُ دونكم، وان لم أكن فيكم فامرء حجيج نفسه، والله خليفتي عليكم) ثم أخبر أنه انما ينزل[5] في آخر الزمان، فتعليل هذه بالسبعية والاستخباثِ أولى.

الرابع: الحيوانات المسْتقذرة، ففي الجواهر: يحكي المخالفون لنا عنا جوازها، وهو خلاف المذهب، لقوله تعالى: ﴿وَيُحَرِّمُ عَلَيهِمُ الخَبَائث﴾ (الأعراف: 157) وقاله الأئمة، وأباح ابنُ حنبل الضب لأنه أُكل على

---

(1) لم اجده فيما لدي من كتب الحديث. وذكر الدميري في (حياة الحيوان الكبرى) حرف القاف (قرد) عن الشعبي ان النبي (ﷺ) نهى عن لحم القرد لأنه سبع، ولم يعز الحديث ولم يذكر سنده. وهو مرسل.

(2) في كتاب الصيد. باب اباحة الضب عن ابي سعيد الخدري وفيه قصة: ولفظه: ان الله لعن - أو غضب - على سبط من بني اسرائيل فمسخهم دواب يدبون في الأرض، فلا أدري لعل هذا منها، فلست آكلها ولا انهي عنها.

(3) روى ذلك مسلم في كتاب القدر، باب بيان ان الآجال والأرزاق وغيرها لا تزيد ولا تنقص عما سبق له القدر، عن عبدالله بن مسعود في حديث طويل.

(4) مسلم في الفتن. باب ذكر الدجال وصفته وما معه، وابو داود في الملاحم والترمذي في الفتن. عن النواس بن سمعان وابي امامة.

(5) كذا والصواب التعبير بالخروج، وهو في الحديث المخرج آنفا.

مائِدته عليه السلام ولم ينكره خرجه مسلم[1].

واتفق الائمة على إباحة الجراد لقوله[2] عليه السلام في البخاري: (اذا وقع الذباب في إناء احدكم فليغمسه كله، فإن في أحَد جناحيْه شفاء وفي الآخر داء) والغالب موته، فلو كان ينجس بالموت لما امر بذلك صوناً للطعام عن النجاسة، فيكون أصلا لا نفس له. وقوله[3] عليه السلام: (أحلت لي ميتتان: الحوت والجراد) والعجب من نقل الجواهر مع قوله في الكتاب: لا بأس بأكل الجلد والوبر.

واذا ذكيت الحيات موضع ذكاتها جاز اكلها لمن احتاج اليها، ولا بأس بأكل خشاش الأرض وهوَّ مما اذا ذكيت ذكاة الجراد، وتؤكل الضفادع وان ماتت، لأنها من صيد الماء، والحلزون كالجراد، فيؤكل منه ما سلق أو شوي، وما مات فلا، فأي شيء[4] بقي من الخبائث بعد الحشرات والهوام والحيات.

فائدة. ذكاة الحيات لا يحكمها الا طبيب ماهر، وصفتها: أن يمسك برأسها وذَنَبِها من غير عنق وهي على مسمار مضروب في لوح ؛ يضرب بآلة حادة رزينة عليها وهي ممدودة على الخشبة في حد الرقيق م، رقبتها وذَنَبها من الغليظ الذي هو وسطها، ويقطع جميع ذلك في فور واحد، بضربة واحدة. فمتى بقيت جلدة يسيرة فسدت وقتلت بواسطة جريان السم

---

(1) في الصيد، باب اباحة الضب، ونحوه في البخاري في الاطعمة. والذبائح. باب الضب، وفي (الموطأ) وغيره.

(2) البخاري في الطب، باب اذا وقع الذباب في الاناء، وفي بدء الخلق، عن ابي هريرة، وفيه بعد: فليغمسه كله: ثم لينزعه، فإن في احد الخ.

(3) رواه احمد في (المسند 97/2) وابن ماجة والدارقطني في الاطعمة وغيرهما عن ابن عمر بلفظ: (احل لنا ميتتان ودمان، فاما الميتتان: فالحوت والجراد، واما الدمان فالكبد والطحال) وهو حديث ضعيف وصح موقوفا.

(4) كذا وفي العبارة شيء؟

من رأسها في جسمها بسبب عصبها، أو ما هو قريب من السم من ذَنَبها في جسْمها، وهذا معنى قوله: موضع ذكاتها.

فرع

قال اللخمي: قال مالك في الكتاب: لا اكره الجلاَّلة من الأنعام ولو كرهت ذلك لكرهت الطير الآكل للنجاسة، وكرهها ابن حبيب، وحرمها (ش) ان تغيرت رائحة لحمها، والا فلا، وقال ابن حنبل: ان كان اكثر علفها النجاسة حرم لبنها ولحمها، وفي بيضها قولان له، لما في ابي داود[1]: (نهى عليه السلام عن اكل الجلاَّلة وألبانها).

وأما النبات المسقي بالنجاسة، قال اللخمي: كرهه مالك، واباحه (ش) وفرق بينه وبين الحيوان، فان نفس النجاسة المستقذرة يشاهد دخولها في الحيوان فتعافه النفوس فيصان الإنسان عنه بخلاف النبات.

فائدة: الجَلاَّلة مشتقة من الجِلة بكسر الجيم وشد اللام، وهي العذرة.

تمهيد: قد يتخيل الفقيه أن الجواب عن قوله تعالى: ﴿وَيُحَرِّمُ عَلَيهِمُ الخَبائِثَ﴾ عسير، وليس كذلك لقوله ﴿والذِي خَبُثَ لاَ يَخْرُجُ إلاَّ نَكِدا﴾ (الأعراف: 58) والمراد ضعف الانبات، وقوله تعالى ﴿الخَبِيثَاتُ لِلْخَبِيثِينَ﴾ (النور: 26) والمراد: العصاة، وقوله تعالى: ﴿وَلاَ تَيَمَّمُوا الخَبِيثَ مِنْهُ تُنفِقُونَ﴾ (البقرة: 167) والمراد به الدنية، وقوله تعالى: ﴿وَمَثَلُ كَلِمَةٍ خبيثة كشجرة خبيثة﴾ (ابراهيم: 26) المراد به المُؤلمة، واذا كان الخبيث يطلق على معان مختلفة بقي محتملا فسقط

---

(1) في الاطعمة، باب النهي عن اكل الجلالة وألبانها، عن عبدالله بن عمر، ورواه غيره من طرق يقوى بعضها بعضا فيحسن الحديث أو يصح وقد حسنه الترمذي، وصححه ابن دقيق العيد.

الاستدلال به، أو يحمل على المستبعد في نظر الشرع، لأن القاعدة حمل كلام كل متكلم على عُرفه، والبعد في نظر الشرع انما يعلم بدليل شرعي والنزاع فيه.

الخامس: الطير، ففي الجواهر: كله مباح ذو المخلب وغيره، وقاله في الكتاب وروي عن مالك: لا يؤكل ذو المخلب، وقاله (ش) وابن حنبل لنهيه[1] عليه السلام في الحديث المتقدم عنه، والجواب عنه: أنها زيادة لم يروها الزهري ولا مالك ولا غيرهما، والمنفرد بها قليل الرواية[2]. والفرق المشهور بان الاستخباث في الظلم والسبعية في السباع والوحش أعظم، وهو علة التحريم، والقصور في العلة يمنع من الاستواء في الحكم.

وفي الكتاب: كراهة الخطافِ ونحوها، قال ابو الطاهر: ولعله لقلة لحمها. فيكون تعذيبا من غير فائدة، وقال الأستاذ ابو بكر: يؤكل جميع الحيوان من الفيل الى النمل والدود، وما بين ذلك الا الآدمي والخنزير، وهو عقد المذهب في رواية العراقيين، إلا ان منه مباح، ومنه مكروه.

وأما النبات والجماد: ففي الجواهر: تحريم ما كان نجساً فان خالط الطاهرَ نجس، فالمائع يطرح جميعه، والجامد تطرح النجاسة وما حولها ويؤكل، وقد تقدم في كتاب الطهارة دليله وتفصيله، ولا يؤكل المغير[3] بالأجسام، وقاله (ش) وابن حنبل.

ويكره اكل الطين، وحرمه عبد الملك لإفساده الأجسام، وما كان طاهراً ولا ضَرر فيه أبيح.

وحرم (ش) المخاط والمني، وان كان طاهراً عنده، ونحوهما من المستقذرات.

---

(1) تقدم تخريجه.

(2) الزيادة في رواية مسلم واحاديث الصحيحين لا مطعن فيها.

(3) في د: المصيد، وهو تحريف.

فرع

في الجواهر: في كتاب البيوع وغيرها: جواز أكل لبن الآدميات اذا جمع في إناء وقاله (ش) وابن حنبل، وحرمه (ح) لأنه جزءٌ آدمي فيحرم، لنا: القياس على الألبان.

فرع

قال اللخمي: إنما حرم اللهُ تعالى الدم بقيد[1] كونه مسفوحاً، وسَوَّى مالك بين جملة الدماء في السمك والبراغيث وغيرهما في النجاسة، وكل نجس حرام، وقال ايضا: لا تعاد الصلاة من الدم اليسير، واختلف قول مالك في غير المسفوح، وقال ابن مسلمة: إنما يحرم المسفوح لقول عائشة رضي الله عنها: (لولا قول الله تعالى: ﴿أَوْ دَماً مَسْفُوحاً﴾ لاتبع المسلمون ما في العروق كما اتبعه اليهود) وقال اللخمي: ودم ما لا يؤكل لحمه (يحرم قليله وكثيره، وليس على رتبة من لحمه، ودمُ ما يؤكل لحمه)[2] قبل الذكاة كذلك، وبعدها يحرم المسفوح، وهو الذي يخرج عند الذبح، ومنه: سفح الجبل، لأنه يسيل عليه السيل، (والسِّفاح الذي يقابل به النكاح، لأنه اراقة المني من غير فائدة زائدة، فإذا استعملت الشاة)[3] قبل تقطيعها وظهور دمها كالمشوية جاز اكلها اتفاقا، وان قطعت فظهر الدم فقال مرة: حرام، وحمل الاباحة على ما لم يظهر نفياً لحرج التتبع، ومرة قال: حلال، لظاهر الآية. فلو خرج الدم بعد ذلك جاز اكله منفرداً، ودم ما لا يحتاج الى ذكاته ـ وهو الحوت ـ فَعَلَى القول بطهارته

(1) (بقيد) سقط من د

(2) ما بين القوسين سقط من (م) ولا بد منه لصحة المعنى.

(3) ما بين القوسين سقط من د.

إذا صلي به حلال، والقول بنجاسته وعدم حله أولى، وما ليس له نفس سائلة على القول بذكاته يحرم رطوبته قبل الذكاة، ويختلف فيما ظهر بعدها، وعلى القول بعدمها فقبلها وبعدها سواء يختلف فيه اذا فارق.

فرع

يوجد في وسط صفار البيض أحيانا نقطة دم يتولد منه، فمقتضى مراعاة السفح في نجاسة الدم لا تكون نجسة، وقد وقع فيها البحث مع جماعة ولم يظهر غيره.

فرع

في البيان: اذا[1] سلق بيض فوجد في بعضها فرخ ميتة لا يؤكل البيض، قاله ابن القاسم، (قال)[2]: وينتقض بقوله: ان اللحم اذا طبخ بالماء النجس يغسل ويؤكل، والبيض يخرج من الدجاجة الميتة لا يؤكل لشربها رُطوبة الميتة. قاله مالك، وقال ابن نافع: يؤكل اذا اشتد كما لو ألقي في نجاسة.

فرع

قال صاحب الإكمال[3]: أواني اهل الكتاب التي تطبخ فيها الميتات ولحم الخنزير تغسل وتستعمل، لما في مسلم[4]: قال ابو ثعلبة الخشني: إنا

(1) د: ان اصلق... بعضه.

(2) زيادة من (م)

(3) المراد به اكمال المعلم للقاضي عياض السبتي.

(4) مسلم في الصيد. باب الصيد بالكلاب المعلمة، عن ابي ثعلبة. ورواه ابو داود في الأطعمة. باب الأكل في آنية اهل الكتاب.

بأرض قوم من اهل الكتاب نأكل في آنيتهم؟ فقال عليه السلام: (ان وجدتم غير آنيتهم فلا تاكلوا فيها. فإن لم تجدوا فاغسلوها ثم كلوا فيها) ولأن الماء طهور لكل شيء.

قاعدة: كل ما حرم الله تعالى أكله أو حلله إما[1] لوصفه أو سببه، فكل ما حرم لوصفه[2] (لا يحل الا بسببه، وكل ما حل لوصفه) لا يحرم الا بسببه. فالسباع والميتة والخبائث ممنوعة لوصفها فلا تحل الا بسببها، كالاضطرار والبر، والأطعمة المحسبة[3] والملابس الشرعية والأنعام حلال لوصفها، فلا تحرم الا بسببها كالعقود الفاسدة وذكاة المجوس والمرتد. ولنقتصر على هذه الفروع، وطعام اهل الكتاب في الذبائح.

(1) في (د): او وهو تحريف.

(2) ما بين القوسين سقط من د.

(3) الاصل: الحسنة، ولعل الصواب: المحبسة.

الباب الثاني

في الاضطرار

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: في حد الضرورة، قال اللخمي: هي خوف الموت أو الجوع، لأنه يوجب المواساة لقوله[1] عليه السلام: (أطعموا الجائعَ) واذا وجبت المواساة جاز أخذ مال الغير، واذا جاز ماله جازت الميتة بالقياس، فعلى هذا يأكل[2] شبعه ويتزود، وعلى الثاني لا يزيد على سد الرمق، قاله (ش)[3]، واذا اكل مال مسلم اقتصر على سدّ[4] الرمق الا أن يعلم طول طريقه فيتزود، لأن مواساته تجب اذا جاع، قال صاحب (الاكمال): يأكل من الميتة ويتزود، قاله مالك في (الموطأ)، وقال غيره: ما يسد رمقه، وقال عبد الملك: ان تغذى حرمت عليه يومه أو تَعشى حرمت عليه ليلته، وفي الجواهر: الضرورة: ظن خوف الهلاك على النفس، ولا يشترط الإشراف على الموت، لأن الأكل حينئذ لا يفيد.

(1) البخاري في الاطعمة في اوله، وفي الجهاد. والنكاح، والمرضى، والاحكام، عن ابي موسى الأشعري، وبقيته: وعودوا المريض وفكوا العاني.

(2) (ياكل) سقطت من د.

(3) د وهو قول.

(4) د رد الرمق.

فرع

في الجواهر: اذا كان سبب الاضطرار معصية كسفر المعصية، المشهور جواز الأكل، وقاله (ح) ولا نقل فيها عن مالك، والفرق بينه وبين القصر والفِطر: أن منعه يفضي الى القتل، وهو ليس عقوبة جنايته بخلافهما، وقال ابن الجلاب و(ش): لا ياكل حتى يفارق المعصية، لقوله تعالى: ﴿غَيْرَ بَاغٍ وَلاَ عَادٍ﴾ (البقرة: 173) اي ولا باغ بالمعصية[1] ولا متعد ما يجوز له منها. ولأن التوبة ممكنة، فموته من جهته، لا مِنْ منع[2] الشرع، واختاره القاضي ابو بكر، وقال: ما اظن احداً يخالفه، والقائل بذلك مخطىء قطعا، وتوقف القاضي ابو الحسن، وقال اللخمي: ان كان العاصي بالسفر يتعين قتله كالمسافر الى القتل أو الزنا، لا يباح له الأكل، والا فعلى القول بوجوب الأكل من الميتة لغير العاصي، وهو قول ابن القصار وغيره حفظا للنفس يجب هاهنا، وعلى القول بالإباحة قياسا على الإستسلام للصيال[3] - وهو قول سحنون - يمنع هاهنا، فإن اضطر بعد رجوعه من المعصية فكغير العاصي.

المبحث الثاني في جنس المستباح، وفي الجواهر: كل ما يرد عنه جوعا أو عطشا، دَفَع الضرورة أو خففها كالأشربة النجسة والميتة من كل حيوان غير الآدمي، وغير الخمر، لأنها لا تحل إلاّ لإساغة الغصّة على الخلاف، لأن دفع الضرورة بها معلوم، وأما العطش فتزيده تحريما، وقيل: يجوز لتخفيفها العطش والجوع من حيث الجملة، واختاره القاضي ابو بكر و(ش) لأن مدمن الخمر يكتفي بها عن شرب الماء، وقال (ش): يجوز له اكل ميتة الآدمي حفظا للحي، وقيل: الحي الحربي والمرتد والزاني

---

(1) (م) اي باغ بالمعصية.

(2) (م) لأن مانع الشرع، وهو محرف.

(3) الاصل: للصيد، وهو تحريف.

المحصن له أكله[1] لأنه مباح الدم، وانما فيه الافتيات[2] على الامام واتلاف ما لا حُرمة له لما له حرمة متعينة[3] بخلاف الذمي المعاهد.

(فروع خمسة)

الأول، في الجواهر: الواجد لطعام غير مضطر يطلبه منه بثمن في الذمة ويظهر له الحاجة، فإن أبى استطعمه، فإن أبى اعلمه انه يقاتله، فإن امتنع غصبه، لأن احياءه واجب عليه، فإن دفعه جازت مدافعته له وان ادت الى القتل، كدم المحارب، ولو قتله المالك وجب القصاص، لكونه متعديا، وان بذل له بثمن المثل وجب الشراء، أو بأكثر فهو مكروه.

الثاني، قال: اذا وجد الميتة وطعام الغير أكل الطعام إن أمن أن يعد سارقا، وحيثُ قلنا يأكل، ضمن القيمة، لأن الأصل عصمة الأموال ادت الضرورةُ الى بذل الطعام، أما مجّانا فلا، وقيل: لا يضمن، لأن الدفع واجب، والواجب لا يستحق عوضا، قال اللخمي: ان خاف القطع بنسبته[4] الى السرقة، فإن خاف الموت أكل تقديماً للنفس على الطرف، والا فلا يأكل الا ان يكون عليه دليل الاضطرار، وقد قيل: لا يقطع السارق في سنة الحرب، لأنها حالة يقبل فيها عذر الضرورة.

الثالث، قال: يقدم المحرم الميتة على الصيد، لأن الاضطرار يبيح الميتة وقد وجد، ومبيح الصيد الإحلالُ ولم يوجد، وقال ابن عبد الحكَم: يقدم الصيد لأن تحريمه خاص، ولأن تحريمه لا لوصفه، بخلاف الميتة فيهما،

(1) د لياكله، وهو محرف.

(2) د الافتراء، وهو تصحيف.

(3) د واتلاف مال حرمة فتعيق. وفيه سقط وتحريف.

(4) في النسختين: بتسببه.

فلذلك يقدم لحم الصيد.

الرابع، قال ابو الوليد: يقدم الميتة على الخنزير، لأن تحريمها عارض بسبب عدم الذكاة، وتحريمه متأصل، قال اللخمي: وحيث يأكل الخنزير يستحب له تذكيته.

الخامس في الجلاب: لا يتداوى بخمر ولا بنجاسة خلافا لـ (ش) عند الضرورة، لقوله[1] عليه السلام: (ان الله لم يجعل شفاء امتي فيما حَرَّم عليها) والجعل بمعنى الخلق واقع، فيتعين صرف النفي الى المشروعية صونا للخبر عن المخالفة، ومثله: ﴿مَا جَعَلَ اللَّهُ مِن بَحِيرَةٍ وَلَا سَائِبَةٍ﴾ (المائدة: 103) أي شرع، ومنع الشريعة عند الضرورة يدل على عِظم[2] المفسدة فيكون حراما.

(1) ذكره البخاري معلقا في الاشربة، باب شراب الحلواء والعسل موقوفا على ابن مسعود بلفظ: ان الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم، وورد بهذا اللفظ. مرفوعا عند ابي يعلى في (المسند) وصححه ابن حبان عن ام سلمة. انظر (فتح الباري) لابن حجر في الباب المذكور.

(2) في د: معظم.

كتاب الأشربة

في الكتاب: ما أسكر كثيره فقليله حرام، من خمر أو نبيذ أو زبيب[1] أو تمر أو تين أو حنطة أو غير ذلك، وقاله (ش) وابن حنبل، وقال (ح): يحرم أربعة أشربة: عصير العنب إذا غلى واشتد، والعصير اذا طبخ فذهب اقل من ثلثه - وهي الطِّلاء -، وكذلك لو ذهب نصفه ودخلته الشدة، ويسمى المنصف، والثالث، نقيع الرطب المشتد، والرابع، نقيع الزبيب المشتد اذا غلَى، وأباح هذه الثلاثة غيرُه ويختص عنده دون الخمر بعدم الحد في قليلها، وخفة نجاستها، وجواز بيعها، وتضمينها بالقيمة دون المثل، ويباح عنده ما يتخذ من الحنطة والشعير والعسل والذرة، ولا يحد شاربه وان سكر، وقال ايضا: نَبيذ التمر والزبيب اذا طبخ حلال وان اشتد، اذا شرب ما يغلب على ظنه عدم السكر، وخصص اسم الخمر بما يعتصر من العنب، ولا يندرج غيره في قوله تعالى: ﴿إنَّما الخَمرُ - الى قوله - فَاجْتَنِبُوهُ﴾ (المائدة: 90) ونحن عندنا اسم الخمر لما خامر العقل اي غطاه ومنه: تخميرُ الآنية، وخمار المرأة، قال صاحب القبس [2]: والعجب من الحنفية في ذلك ، والصحابة رضوان الله عليهم لما

(1) في د: او عنب.

(2) في شرح موطأ مالك بن أنس ، للقاضي أبي بكر ابن العربي المعافري ، وقد طبعته دار الغرب الإسلامي ببيروت .

حرمت عليهم الخمر أراقوها وكسروا دِنَانَها، وبادروا الى امتثال الأمر مع انه ليس عندهم بالمدينة عصير عنب بل نبيذ التمر. وقال (ح): لو جعل السيف على رأسي أن اشرب النبيذ ما شربته، ولو وضع السيف على رأسي ان أحرمه ما حرمته، لأن الصحابة رضي الله عنهم كانوا يشربونه. قال: وليس كما قال، ما شربه احد منهم، انما الثابت انه عليه السلام كان ينتبذ[1] له فيشرب، ولعن[2] عليه السلام في الخمر عشرة: عاصرها، ومعتصرها، وبائعها، ومبتاعها، والمبتاع لها[3]، وشاربها، وساقيها، وحاملها، والمحمولة اليه، وشاهدها. قال: ويندرج في بائع الخمر: بائع العنب لمن يعلم انه يعصره خمراً الا الذمي فمختلف فيه، لاختلافهم في خطابهم بالفروع، قال: وما تعلق به اصحابنا من حديث الترمذي من قوله[4] عليه السلام: (ما أسكر كثيره فقليله حرام) فليس بصحيح. احتج (ح)[5] (بقوله تعالى: ﴿تَتَّخِذون منه سَكَراً ورزقاً حسَنا﴾ (النحل: 67) والامتنان انما يكون بالمباح للمقدار المسكر من غيرها) وبقي ما عداه على الأصل، وقوله[6] عليه السلام: (اشربوا ولا تسْكروا).

---

(1) وردت بذلك آثار واحاديث بالفاظ وطرق استوفى معظمها ابو الشيخ ابن حيان في (اخلاق النبي) باب شرب النبيذ وصفته - صفة النبيذ الذي شربه (ﷺ).

(2) رواه الترمذي في البيوع. باب النهي عن ان يتخذ الخمر خلا، عن انس بن مالك، ورواه ابن ماجة في الاشربة، باب لعنت الخمر على عشرة أوجه، وهو حسن، وفيه تقديم وتأخير.

(3) (م) والمبتاع له، وهو الصواب.

(4) الترمذي في الاشربة، باب ما اسكر كثيره فقليله حرام، وابو داود في الاشربة ايضا. باب النهي عن المسكر، عن جابر بن عبدالله، وهو حسن.

(5) ما بين القوسين سقط من د.

(6) رواه بمعناه مسلم في الاضاحي. باب ما كان من النهي عن اكل لحوم الأضاحي بعد ثلاث الخ عن عبدالله بن بريدة عن ابيه، آخر حديث بلفظ:.. فاشربوا في الاسقية كلها ولا تشربوا مسكرا، ورواه النسائي بلفظ الكتاب في الاشربة بسند ضعيف.

والجواب عن الأول أن السكَر بفتح الكاف والتسْكير في اللغة: المنع، لقوله تعالى: ﴿إنَّمَا سُكِّرتْ أبْصَارُنَا﴾ (الحجر: 15) اي منعت وغلقت[1]، ومنه تسكير الباب أي غلقه، فالآية تدل على انها يتخذ منها ما يمنع الجوع والعطش والأمراض، وذلك يتحقق بالتمر والرطب والخل والأنبذة قبل الشدة، وهي حلال اجماعا، فما تعين ما ذكرتموه، وعن الثاني: أن معناه: اشربوا منه غير الذي يسكر كثيره. لقوله[2] في الحديث الآخر في مسلم: (كل مسكر خمر وكل مسكر حرام) ويؤيده قوله تعالى: ﴿إنَّما الخَمْرُ والمَيْسِرُ وَالأنْصَابُ وَالأزْلاَمُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ﴾ (المائدة: 90)[3] ووجه الدليل والتمسك به من وجوه:

أحدها[4]: عطف الميسر عليه وهو حرام، والعطف يقتضي التسوية، والمساوى بالحرام حرام.

الثاني: عطف الأنصاب عليه لما سبق.

الثالث: عطف الأزلام عليه لما تقدم.

الرابع: قوله: (رجس)، والرجس: النجس لغةً، وهو يدل على نجاسة الجميع، خرجت الثلاثة عن النجاسة اجماعا، بقي الحكم مستصحبا في الخمر فتكون نجسة فتحرم، وهي كل ما خَامر كثيره كما تقدم، أو يقول: الرجس استعمل مجازا في البعد الشرعي، والبعد شرعا محرم، والأول اولى لدوران هذا البحث بين المجاز والتخصيص (والتخصيص)[5] اولى لما علم في الأصول.

---

(1) (م) واعلقت.

(2) مسلم في الأشربة، باب بيان ان كل مسكر خمر، عن ابن عمر، ونحوه في البخاري والموطأ.

(3) في ي: ووجه التمسك به.

(4) (احدها) ساقطة من الاصل.

(5) (والتخصيص) سقطت من د.

الخامس: قوله تعالى ﴿مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ﴾ فاضافته الى الشيطان تفيد التحريم في عرف الشرع.

السادس: قوله: (فاجتنبوه) والأمر محمول على الوجوب، ولأن هذه الأشربة يسكر كثيرها فيحرم قليلها قياساً على محل الاجماع، وهو من اجل الأقيسة، فقد اجتمعت الآثار ووجوب الاعتبار، والعجب من الحنفية انهم يقدمون القياس على النصوص، وهاهنا رفضوا القياس المعضود بالنصوص المتضافرة في الكتاب والسنة الصحيحة في عدة مواضع، ولا جرم قال (ش): أحُدُّ الحنفي في النبيذ وأقبلُ شهادته، وقال مالك: أحُده ولا أقبل شهادته.

قاعدة: المرقدات تغيب العقل ولا يحد شاربها، ويحل قليلها اجماعا، ولا ينجس قليلها ولا كثيرها ففارقت المسكرات في هذه الثلاثة الأحكام مع اشتراكها في إفساد العقل الذي هو سبب التحريم، فما الفرق وبماذا ينضبط كل واحد منها حتى يمتاز عن صاحبه؟ فالضابط: أن مغيب العقل ان كان يحدث سرورا للنفس فهو المسكر، والا فهو المرقد[1] لقول الشاعر[2]:

ونشرَبها فتتركنا ملوكاً   وأسْداً ما ينهنهنا اللقاء

وأما المرقد: فاما غيبته كلية كالأفيون، أو يهيج من مزاج مستعمله ما هو غالب عليه من الأخلاط، فتارة خوفاً وتارة بكاء، وغير ذلك، وأما الفرق: فلأن المسكر لَمَّا أسر[3] النفس توفرت الدواعي على تناوله تحصيلا للمسرة، فزجَر الشرع عنه بالحد والتنجيس، والمرقد خسارةٌ مَحْضةٌ وموت صرف، فالدواعي منصرفة عنه فاكتفي في ذلك بالتعْزير.

---

(1) د مرقد.

(2) هو حسان بن ثابت رضي الله عنه، والقصيدة في ديوانه المطبوع بمصر بشرح البرقوقي، وينهنهنا: اي يزجرنا ويكفنا.

(3) د سر وهو الصواب.

فروع سبعة[1]

الأول، في الكتاب: عصير العنب ونقيع الزبيب وجميع الأنبذة حلال، ما لم تسكر من غير توقيت بزمان ولا هيئة، ولا يحد الطبخ بثلثين ولا غيرهما، بل ما مَنَع إسكار كثيره، لأن العنب اذا كثرت مائيته[2] احتاج الى طبخ كثير أو قل[3] فطبخ قليل، وذلك مُختلف في أقطار الأرض، ولا ينبذ تمرٌ مع زبيب ولا بُسر[4] ولا زهو مع رطب، ولا حنطة مع شعير، ولا احدهما مع تين أو عَسل، لأن[5] خلطهَا يسرع بشدتِها، وقاله (ش) وابن حنبل خلافا لـ (ح)، وفي مسلم[6]: نهيُه عليه السلام عن شرب الخليطَين، واذا نبذ كل واحد وحده لا ينبغي خلطهما عند الشرب، ولا يجعل دُردي المسكر ولا عكره في شراب ولا طعام، وأرخص مالك في جعل العجين والسويق والدقيق[7] في النبيذ قليلا، ثم نهى عنه.

قال: وفي المغرب تراب يجعل في العسل ليعجله[8]، أكرهه، وخالفه ابن القاسم، قال: ولا يعجبني انتباذ البُسر المدني لأنه رطب وبسر، ولا بأس بأكل الخبز بالنبيذ لأنه ليس شراباً، وكره نبذ الخبز فيه يوماً أو يومين، ليلا تتعجل شدته، قال صاحب القبس: طرد ابن عبد الحكَم النهي عن الخليطين على عمومه حتى في أشربه الأطباء.

---

(1) (سبعة) ساقطة من الأصل.

(2) ي: ماؤه.

(3) د أو قلت.

(4) في د ولا تمر ولا بسر مع رطب.

(5) د فإن.

(6) في الأشربة، باب كراهية انتباذ التمر والزبيب. عن جابر بن عبد الله، ونحوه في البخاري والترمذي وغيرهما.

(7) (والدقيق) ساقطة من ي.

(8) (م) لحله.

الثاني، في الكتاب: كره الانتباذ في الدباء والمزفت، زاد في الجلاب: الحَنْتَم والنَّقير لورود الحديث[1] الصحيح فيهما، ولأنها تعجل الشدة في الخليطين.

فائدة . الدُّبَّاء: اليقطين، والمزفت: في التنبيهات[2] بسكون الزاي ماطلي بالزفت، وهو القار الذي تطلى به السفن، والحنْتَم الجرار الخُضر، وقيل: الحمر، وقيل: الفخار كيف كان، وهو جمع حنتمة وهي الجرة.

الثالث، في الجلاب: تباح السوبية[3] والفقاع.

الرابع، في الكتاب: اذا ملك المسلم خمراً فليرقها، فإن اجترأ فخللها أكلها وبئس ما صنع، وكره أكل الخمر يجعل فيها الحيتان فتصير مريا، وفي الجواهر: تخليل الخمر مكروه، وظاهر المذهب اباحة كل ما تخلل منها، وكرهه سحنون وعبد الملك، وقال الأستاذ ابو بكر: صورة المسألة: اذا خللت بشيء طرح فيها كالملح والخل والماء الحار. فأما لو خللت بنفسها مع العلم بتحريمها فلا خلاف في جواز اكلها، وقال صاحب المقدمات: في تخليلها ثلاثة أقوال: المنع مطلقا، وقاله (ش) والكراهة. والفرق بين اقتنائها لتصير خمراً وبين ما يصير خلا من عصيره لم يرده خمراً، وبسبب الخلاف: هل المنع تعبد فيمتنع مطلقاً أو معلل بالتعدي في الاقتناء فيجوز لمن صار عصيره خمراً؟ أو بالتهمة لقنيتها فيجوز للرجل في نفسه التخليل لما عنده على نوع من الكراهة، واذا منعنا التخليل ففي جواز

---

(1) يعني ما في صحيح البخاري في الاشربة. باب ترخيص النبي ﷺ في الأوعية والظروف بعد النهي، عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه: نهى رسول الله ﷺ ان ينبذ في الدباء والمزفت، وفي رواية ابي داود في الاشربة، باب في الاوعية: نهى ﷺ عن الدباء والحنتم والنقير والجعة.

(2) (في (التنبيهات) بسكون الزاي) ساقط من ي.

(3) د المسومة.

الأكل ثلاثة اقوال: الجواز، لانتفاء علة المنع وهو الإسكار، والمنع، مؤاخذة له بنقيض قصده، ولأن النهي يدل على الفساد في المنهي عَنه، وقاله (ش)[1] وعلله[2] بأن ما يلقى الخمر[3] يصير نجسا بالخمر فيصير خلا مختلطا بنجاسة فيحرم، ويرد عليه: أن المقتضي لتنجيس الخمر وما لابسها هو وصف الإسكار. وقد ذهب، فيطهر ما في أجزاء الدواء المعالج به فلا ينجس الخل، وجوّز (ح) التخليل لقوله[4] عليه السلام: (يحل الخل الخمر كما يحل الدباغ الجلد) وهو معارض بأمره[5] عليه السلام في (مسلم) باراقة الخمر التي اهديت له، فلو كان التخليل مشروعاً لأمر به حفظا للمالية، والثالث: الفرق بين تخليل ما اقتناه من الخمر فيمنع أو ما تخمر عنده. ما لم يرد به الخمر، قاله سحنون.

قاعدة أسباب الطهارة ثلاثة: إزالة، كالغسل بالماء، أو إحالة كانقلاب الخمر خلا، والدم منياً ثم آدميا[6]، وبهما كالدباغ.

الخامس، في الجلاب: من وجدت عنده خمر[7] من المسلمين أريقت عليه وكسرت ظروفها تاديباً له، لأن الشرع أدب بالمالية في الكفارات،

---

(1) (م) (ح).

(2) (وعلله) سقطت من (ي) ولا بد منها.

(3) في (ي): بأن ما يلقى يصير نجسا بالخمر.

(4) رواه الدارقطني في (السنن 49/1) عن ام سلمة. وقال: تفرد به الفرج بن فضالة وهو ضعيف. وأورد الزيلعي في (نصب الراية) الحديث في الطهارة من رواية الدارقطني ونقل كلامه وسلمه.

(5) مسلم في الاشربة. باب تحريم الخمر، والبخاري في الاشربة ايضا. باب نزول تحريم الخمر. عن انس بن مالك، ولم اجد في مسلم ان الخمر المأمور باراقتها اهديت له ﷺ.

(6) د ثم منيا، وهو تحريف.

(7) في الاصل: من وجدت عنده من المسلمين خمراً اريقت. وفيه لحن.

وقال غيره: يشق منها ما أفسدته الخمر ولا ينتفع به الا فيها، وما لا فلا صونا للمالية عن الفساد، واذا قلنا: لا تفسد ففي النوادر: تغسل وينتفع بها ولا يضر بقاء الرائحة. وفي مختصر ابن عبد الحكَم: أما الزّقاق فلا ينتفع بها، وأما القلال فيطبخ فيها الماء مرتين وتغسل وينتفع بها.

وفي الجلاب: لا يحل لمسلم بيعها من كافر ولا مسلم لقوله[1] عليه السلام في مسلم: (إن الذي حرم شربها حرَّم ثمنها).

ومن أسلم وعنده خمر أُريقت لأن الملك لا يثبت عليها، وإن اسلم وعنده ثمن خمر فلا بأس به، لأن الاسلام يجُب ما قبله، واذا تبايع نصرانيانِ[2] خمراً فقبضت، ثم أسلم البائع قبل قبض الثمن فله اخذه، لأنه ديْن من جملة ديونه، وإن أسلم مشتريها فعليه دفع الثمن للبائع، لأنه دين عليه، وان اسلم البائع قبل قبض الخمر فسح البيع ورد الثمن، لأنه ممنوع من التسليم، والمنع الشرعي كالحسي، فيصير كالبيع المستحق قبل القبض، وإن أسلم المشتري قبل قبض الخمر فسخ البيع ورجع البائع بالثمن لتعذر القبض شرعا، وقد توقف فيها مالك مرة وقال: أخاف ان يظلم الذمي، لأن المانع ليس من قبله، قال غيره: قال ابن عبد الحكَم: اذا أسلما بعد[3] قبض الثمن دون المثمون، عليه قيمة الخمر خلافا لمالك وابن القاسم، وإن أسلما بعد[3] قبض الخمر دون ثمنها. قال اللخمي على قول عبد الملك: يأخذ الثمن.

وفي الجلاب: واذا اشترى مسلم من نصراني خمرا وفاتت لم يدفع للبائع شيئاً، لأنه ممنوع من البيع لمسلم، فإن قبض الثمن تصدق به تأديباً له.

السادس، في الكتاب: أكره للمسلم ان يتسلف من ذمي ثمن خمر أو

---

(1) مسلم في المساقاة، باب تحريم بيع الخمر والميتة والخنزير والاصنام، عن ابن عباس.

(2) د النصرانيان.

(3) في د: قبل. وهو الصواب.

يبيعه به، أو يأخذه بوجه، أو يأكل مَا اشتري به، ويجوز اخذه في ديْنه كما يأخذ في الجزية.

السابع، في الجلاب: لا يؤاجر الرجل نفسه ولا شيئاً من املاكه في عمل الخمر لمسلم ولا نصراني فإن أخذ اجرة تصدق بها ولم يتملكها لِتحريم المنفعة المعاوض عليها.

كتاب الذبائح

والنظر في المذكّي، والمذكّى، والمذكّى به، وصفة الذكاة.

النظر الأول في المذكّي. قال صاحب البيان: ستة لا تجوز ذبائحهم، وستة تكره، وستة مُختلف في جواز ذبائحهم، فالأول: الصغير الذي لا يعقل، والمجنون حالةَ جنونه، والسكران الذي لا يعقل، والمجوسي، والمرتد، والزنديق، وقاله الأئمة، والثانية: الصغير المميز، والمرأة، والخنثى، والخصي، والأغلف، والفاسق. ومنشأ الخلاف: هل النظر الى أن ضعف طبع الثلاثة الأول[1] يمنع من وقوع الذكاة على وجهها، ومشابهة الخصي بهم ونقص الآخرين من جهة الدّين، أو أن القصد والفعل من الجميع ممكن فتصح؟ والثالثة، تارك الصلاة، والسكران الذي يخطىء ويصيب، والمبتدع المختلف في كفره، والنصراني العربي، والنصراني الذابح لمسلم بأمره، والعجمي يجيب الى الإسلام قبل البلوغ، هذا كله على مذهب مالك رحمه الله.

وفي الكتاب: تصح ذكاة المرأة والكتابيين رجالهم ونسائهم وصبيانهم، والمرأة اولى منهم، ويكره اكل ما ذبحه الكتابي لكنيسةٍ أو عيدٍ من غير تحريم، لقوله تعالى: ﴿أَوْ فِسْقاً أُهِلَّ لِغَيْرِ اللهِ بِهِ﴾ (الانعام: 145) قال ابن القاسم: وكذلك ما سموا عليه المسيح عليه السلام، وما ذبحوه فوجدوه

---

(1) (الأول) ساقطة من ي.

حراما على أصلهم، كرهه مالك ثم أجازه، قال ابن القاسم: وما لا يستحلونه[1] لا يؤكل كَذِي الظفُر وهو الابل والنعام والبط،[2] ما ليس مشقوق الأصابع، خلافا لابن حنبل، لأنه ليس من طعامهم، وكره مالك ذبائحهم والشراء منهم، وأمر عمر رضي الله عنه أن يقاموا من أسْواقِنَا كلها الجزارون وغيرهم.

وتؤكل ذبيحة الأخرس.

قال اللخمي: واختلف في شحوم ذبائح الكتابي فحرمه مرة لأنه حرام عليهم، وجعل الذكاة تتبعض باعتباره قياساً على الدم، وأجازه[3] مرة، لأن الذكاة لا تتبعض فيما هو قابل، واختلف في ذي الظفر كالشحم، وأباحه ابن حنبل، وقيل: يجوز الشحم بخلافه، لأن الزكاة لا تتبَعض، وقال أشهب: كل ما نص الله تعالى على تحريمه كذي الظفُر والشحوم حرم على المسلم، بخلاف ما حرموه هم، ومنعها ابن القاسم وأباحها ابن وهب، نظرا الى نسخ ذلك، ويؤكل جل الشحوم[4] لما في الصحيحين[5]: قال معقل: اصبت جرة شحم يوم خيبر فالتزمته وقلت: والله لا أعطي اليوم من هذا احداً شيئاً، فالتفت فاذا رسول الله ﷺ متبسماً.

وفي الجواهر: يجوز ذبيحة السامرية وهم صنف من اليهود، والمشهور من مذهب ملك كراهته الشحوم، والصابئة ينكرون بعث الأجسام.

---

(1) د وما يستحلونه. وهو تحريف.

(2) د: وكل ما ليس.

(3) (م) واباحه.

(4) كذا في النسختين.

(5) في الأطعمة والمغازي. ورواه احد في (المسند) عن عبد الله بن مغفل (لا معقل كما في النسختين) قال: دلي جراب شحم يوم خيبر فأخذته فالتزمته فقال لي رسول الله ﷺ: هو لك. وورد بلفظ قريب من لفظ المؤلف.

ولا تجوز ذبيحة من ليس بكتابي ولا الصابئة المعتقدة تأثير النجوم، لأنهم كالمجوس، وهذا كله اذا باشرنا الذكاة، أما اذا غاب الكتابي على ذبيحته: فإن علمنا استحلالهم للميْتة كبعض النصارى، أو شككنا، لم نأكل، وان علمنا تذكيتهم أكلنا. قال ابو اسحق: أكره قديد الروم وجُبنهم وجُبن المجوس لأجل ما فيه من إنفِحة[1] الميتة.

تنبيه، كراهيته ينبغي أن تحمل على التحريم بدليل كراهيته لجُبن المجوس، وهي محرمة، ولا يختلف اثنان ممن يسافر أن الأفرنج لا تتوقى الميتة ولا تفرق بينها وبين الذكية، وأنهم يضربون الشاة حتى تموت وقيذة بالعصا وغيرها، ويسلُّون رؤس الدجاج من غير ذبح، وهذه سيرتهم، وقد صنف الطرطوشي رحمه الله في تحريم جبن الروم كتابا، وهو الذي عليه المحققون، فلا ينبغي لمسْلم أن يشتري[2] من حانوت فيها شيء منه، لأنه ينجس الميزان والبائع والآنية[3].

فرع

قال ابن يونس: لا تؤكل ذبيحة الغلام[4] اذا ارتَدَّ الى أي دِين كان.

قال محمد: وتؤكل ذبيحة النصراني العربي والمجوسي اذا تنصر.

---

(1) الاصل: منافح، والصواب إنفحة بكسر همزة القطع ويجوز ضمها وبالحاء المهملة، هي مادة بيضاء صفراوية في وعاء جلدي تستخرج من بطن الجدي او الحمل الرضيع يوضع جزء منها في اللبن الحليب فينعقد ويتكاثف ويصير جبناً ويسميها الناس (مجبنة) وجلد الإنفحة هي التي تسمى كرشا اذا رعى الحيوان العشب. اهـ من (احكام الاطعمة والذبائح في الفقه الاسلامي) لابي سريع محمد عبد الهادي ص 95 بتصرف قليل، ويقال لهذه الإنفحة بشمال المغرب: (النياق).

(2) د ان ينبغي من حانوت، وهو محرف.

(3) د والآلة.

(4) د: غلام.

فرع

في الكتاب: تؤكل ذبيحة مَن أبوه كتابي وأمه مجوسية، لأن الولد تابع في الدّين لأبيه، وقال ابو تمام[1] في تعليقه: قال مالك: لا تؤكل ذبيحة مَن أبوه مجوسي أو وثني، وقال ح: يجوز اذا كانت أمه كتابية، لأن العبرة عنده في الدّين بالأم، وقال ابن حنبل: مَن أحد أبويه[2] لا تصح ذكاته تغليبا للحرمة.

النظر الثاني في المذكّى، وفي الجواهر: الحيوان كله يقبل الذكاة وتطهر بها جميع أجزائه لحمه وعظمه وجلده، وان كان لا يؤكل لحمه كالسباع والكلاب والحمُر والبغال إلا الخنزير[3]، فإن تذكيته ميتة لغلظ تحريمه، وقاله (ح) وقال ابن حبيب: ما لا يؤكل لحمه كذلك.

تنبيه. ألْحق صاحبُ الجواهر الحُمر بالسباع، وفي الكتاب في كتاب الصلاة: يصلي على جلد السباع اذا ذكي ولا يصلى على جلد حمار وان ذكي، وتوقف في الكيْمخت، وتركها[4] احب اليه، وكذلك في آخر كتاب الأضاحي نص[5] على طهارة جلود السباع، ولم يذكر الكلاب، فتأمّل ذلك من جهة النقل، قال اللخمي: الحيوان ثلاثة: بَري له نفس سائلة لا تحل الا بالذكاة، وبَحْري لا حياة له في البَر يحل من غير ذكاة، وبَري ليس له نفس سَائلة، وبحري يَعيش في البر اختلف فيها، قال مالك: ما لا دَمَ له، كالعقرب والخنفساء والزنبور والسوس والدود

(1) د ابو تميم.

(2) كذا في النسختين. ولعل الأصل: وثني أو مجوسي.

(3) د الخنازير.

(4) د وتركه.

(5) ي: قضي. وهو تصحيف.

والذباب وسائر الحشرات ذكاته ذكاة الجراد إذا احتيج الى دواء أو غيره، وقال عبد الوهاب: هي كدواب البحْر لا تنجس في نفسها ولا تنجس، وقال مطرف: لا يَحتاج الجراد الى ذكاة (لأن عامة[1] السلف اجازوا اكل ميتة الجراد. وفي الكتاب: لا يحتاج فرس البحر الى ذكاة) وان كان له رعي في البَر، ولا بد من تذكية طير الماء خلافاً لعطاء، وفي الجواهر: وهل يجري في ذكاة ما ليس له نفس سائلة ما عدا الجراد الخلافُ الذي في ذكاة الجراد، أو يفتقر الى الذكاة قولا واحداً؟ طريقان للمتأخرين قاعدة، الذكاة شرعت لاستخراج الفضلات المحرمات من الأجساد الحلال بأسهل الطرق على الحيوان، فمن لاحظ عدم الفضلات مما ليس له نفس وجعلها اصلا، واراحة الحيوان تبعاً أجاز ميتته، ومن لآحظ شرعية[2] زهوق الروح وجعله اصلا في نفسها[3] لم يجزها.

قاعدة، النادر ملحق بالغالب في الشرع، فمن لاحظ هذه القاعدة أسقط ذكاة ما يعيش في البرّ من دواب البحر نظراً لغالبه، ومن لاحَظ القاعدة الأولى وأن ميتة البحر على خلاف الأصل لم يسقطها. ويؤيده قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيكُمُ المَيْتَةُ﴾ أو يحمله على سبب وروده وهو الميتة التي كانوا يأكلونها من البَر ويقولون: تأكلون ما قتلتم ولا تأكلون ما قَتَلَ الله.

فائدة: النفس لفظ مشترك لأمور: أحدها: الدم، لقوله[4]:

تسيل على حد الظبات نُفُوسُنا ... وليس على غير الظبات تسيل

(1) ما بين القوسين سقط من د.

(2) (شرعية) سقطت من د.

(3) د نفسه.

(4) البيت من لامية السموأل بن عادياء اليهودي الشاعر المشهور وهي من مختارات ابي تمام في ديوان الحماسة (1/27).

وقد تقدم بسطه في باب النفاس والحيض.

فرع

في الكتاب: لا يُصلَّى على جلد حمار وان ذكي، قال ابن يونس: لأن الذكاة لا تعمل فيه، لنهيه[1] عليه السلام عنه، وهو خلاف نقل الجواهر.

فرع

قال اللخمي: تصح ذكاة المريضة إذا لم تشارف الموت فإن شارفت صحت ذكاتها عند مالك، وفي مختصر الوقار: لا تصح، والأول احسن، لما في الصحيحين[2] أن أمة لكعب بن مالك كانت ترعى غنماً بسَلْع فأبصرت بشاة تموت فأدركتها فذكتها بحجَر فسئل النبي عليه السلام فقال: (كلوها). وفيه أربع فوائد: ذكاة النساء، وبالحجَر، وما أشرف على الموت، وذكاة غير المالك بغير وكالة.

واذا لم يتحرك من الذبيحة شيء بعد الذبح أُكلت ان كانت صحيحة. قال محمد: اذا سفح[3] دمها: قال اللخمي: وكذلك أرى في المريضة الظاهرة الحياة: فإن قربت من الموت لم تؤكل الا بدليل على الحياة عند الذبح، قال ابن حبيب: وذلك اضطراب عينها، أو ضرب يدها أو رجلها، أو استباع نَفَسها في جَوفها ونحوها[4]، واذا أشكل الأمر لم تؤكل،

---

(1) البخاري في الصيد. باب لحوم الحمر الانسية، وفي المغازي، باب غزوة خيبر، عن عبد الله بن ابي اوفى، ورواه مسلم والنسائي.

(2) البخاري في الذبائح. باب ما انهر الدم من القصب. وباب ذبيحة المرأة والامة. وفي الوكالة عن كعب بن مالك. ورواه مالك في (الموطأ) في الذبائح.

(3) (د) سح.

(4) د: ونحرها.

والاختلاجُ الخفيف ترك الأكل[1] معه أحسن. لأن اللحم يختلج بعد السلخ، وخروج الدم ليس دليلا وحده لخروجه من الميتة الا ان يخرج بقوة لا تليق الا بالحياة، قال صاحب (المقدمات): في وقت اعتبار علامات الحياة ثلاثة أقوال: بعد الذبح، معه، يكفي وجودها قبله.

فرع

قال اللخمي: المنخنقة والموقوذة بالذال المعجمة، وهي التي تُضرب حتى تموت، والمتردية، والنطيحة، وما أكل السبع؛ ما مات منها فحرام، وما لو ترك لعاش يذكى، وغير المرجو، والذي حدث به في موضع الذكاة لم تؤكل، وفي غيره يذكى ويؤكل عند مالك. قال ابن القاسم: ولو انتثرت الحشوة، لأن قوله تعالى: ﴿إِلاَّ مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ بعد ذكر هذه الأقسام، استثناء متصل، لأنه الاصل، وقيل: لا يؤكل لأنه منقطع أي من غيرهن، لأنه لولا ذلك لكان قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ﴾ يعني عنه، وفي الجواهر: منع ابو الوليد جريان الخلاف الذي ذكره اللخمي إذا كان المقتل في غير محل الذكاة، وقال: المذهب كله على المنع، وانما الخلاف اذا بلغت الناس بغير اصابة مقتل، والمقاتل خمسة: انقطاع النخاع، ونثر[2] الدماغ، وفري الأوداج، وانثقاب المصران، ونثر الحشوة، وفي البيان اختلف في دق العنق من غير قطع الأوداج: فلم يره ابن القاسم مقتلا، وفي خرق الأوداج من غير قطع الأوداج فلم يره ابن عبد الحكَم، وقيل: مقتل، ومعنى قوله: ان خرق المصْران مقتل: إذا كان في مجرى الطعام قبل كونه رجيعا[3] اما حيث يكون رجيعا[3] فليس مقتلا، لان الغذاء محفوظ عن الجسد، وقد وجدنا من يعيش من بني آدم والدواب مَن هُو

(1) ي: اللحم.

(2) د: وانتشار.

(3) د: رجميا.

كذلك، ولذلك سقي عمر رضي الله عنه اللبن، فلما خرج من مجرى الطعام قيل له: أوص يا أمير المؤمنين، ولذلك تؤكل البهيمة إذا ذكيت فوجدت مثقوبة الكرش لأنه محل الفرث، وأما اذا شق الجوف فلا تذكى ولا تؤكل على الروايتين إلا على قول ابن القاسم في الذي ينفذ مقاتل رجُل ثم يجهز عليه آخر، يقتل به الثاني، ويعاقب الأول، قال في المقدمات: والصواب: رواية سحنون عنه أن الأول يقتل به ويعاقب الثاني، قال في البيان: وفي المنخنقة وأخواتها اذا سلمت مقاتِلها أقوال: ثالثها: التفرقة بين الميؤس منه فيمتنع، وبين المرجو فيجوز، وجعلها ابن القاسم بخلاف المريضة المَيْؤسة، والجواز مُطلقاً لمالك وابن القاسم، والمنع مطلقا لعبد الملك.

فرع

قال اللخمي: الجنين اذا لم تجر فيه حياة لم تنفع فيه ذكاة أمه ولا يؤكل، واذا جرت فيه الحياة وعلامته عندنا: كمال الخلْق ونبات الشعر: فإن ذكيت الأم وخرج حياً ثم مات على الفور: كرهه محمد وحرمه ابن الجلاب ويحي بنُ سعيد، وان استهل صارخا انفرد بحكم نفسه، وان لم تذك الأم وألقته ميتا لم يؤكل، وكذلك إن كان حياً حياة لا يعيش معها: علم ذلك أو شك فيه، وان ذكيت الأم فخرج ميتاً فذكاتها ذكاته، وقاله (ش) خلافاً لـ (ح)، ومنشأ الخلاف: قوله[1] عليه السلام في أبي داود: (ذكاة الجنين ذكاة أمه) يُروى برفع الذكاتين ـ وهو الأصح الكثير ـ وبنصب الثانية ورفع الأولى، فَعَلَى الرفع يحل بذكاة امه، لأن القاعدة أن المبتدأ يجب انحصاره في الخبر، ومنهُ: (تحريمها[2] التكبير،

(1) ابو داود في الاضاحي: باب في ذكاة الجنين. عن جابر بن عبد الله، ورواه غيره، وهو صحيح.

(2) الضمير فيه للصلاة، وهو بعض حديث رواه الترمذي في الصلاة. باب ما جاء في تحريم =

وتحليلها: التسليم) اي ذكاتُه محصورة في ذكاة امه فلا يحتاج لغيرها، وعلى النصب معناه: ذكاة الجنين أن يذكى ذكاة مثل ذكاة أمه ثم حذف مثل وما قبله، وأقيم المضاف اليه[1] مقام المضاف فيفتقر الجنين الى الذكاة، وعليه أسئلة: أحدها: أنه شاذ، الثاني: انه يحتاج الى اضمار، والأصل: عدمه، الثالث: أن معناه: ذكاة الجنين في ذكاة أمه. ثم حذف حرف الجر فنصب، كقوله تعالى: ﴿واخْتارَ مُوسَى قَومَهُ سَبْعِينَ رَجُلاً﴾ (الأعراف: 155) اي من قومه، وهذا أولى لقلة الإضمار، واتفاقه مع الرواية الأخرى، والا نقض[2] كل واحدة منها الأخرى، (والحديث مخالف للأصول، لأنه اذا كان حيا ثم مات بموت الأم فإنما مات خنقا)[3].

فرع

قال صاحب البيان: قال ابن القاسم: الدابة التي لا يؤكل لحمها بطول مرضها، أو تتعب عن السير في أرض لا علف فيها: ذبحها أولى من بقائها تتعذب، وقيل: تعقر ليلا يغر الناس بذبحها على أكلها، وقال ابن وهب: لا تذبح ولا تعْقر، لنهيه[4] عليه السلام عن تعذيب الحيوان لغير مأكلة.

الصلاة وتحليلها. عن ابي سعيد الخدري. ورواه ابو داود في الطهارة، باب فرض الوضوء، عن علي بن ابي طالب. بلفظ: مفتاح الصلاة الطهور، وتحريمها التكبير، وتحليلها التسليم.

(1) د: واقيم المضاف مقام المضاف اليه.

(2) د: تناقض.

(3) ما بين القوسين سقط من الأصل.

(4) في هذا المعنى احاديث منها: ان رسول الله ﷺ لعن من اتخذ الروح غرضا رواه في الصحيحين، وفي رواية فيها: لعن الله من مثل بالبهائم. وفيها ايضا من رواية انس: نهى رسول الله ﷺ أن تُصبَّر البهائم، وروي النسائي عن عبد الله بن جعفر مرفوعا: لا تمثلوا بالبهائم.

تفريع

قال: لو تركها فأعلفها[1] غيره ثم وجدها، قال مالك: هو احق بها لأنه تركها مضطراً كالمكره، ويعطيه[2] ما أنفق عليها، وقيل: هي لعالفها لإعراض المالِك عنها.

النظر الثالث في المذكى به، وفي الكتاب: يجوز بالحجَر والعود والعظم: قال اللخمي: الذكاة جائزة بكل مجهز من حديد أو قصب أو زجاج لما في (الصحيحين)[3] عنه عليه السلام: (ما أنهر الدمَ وذكر اسمُ الله عليه فكُلْ، ليس السِّن والظفرَ، وسأُخبرك عنها: أما السن فعظم، وأما الظفر فمُدَى الحبشة) معناه: عظم يرض ولا يفري، والظفر يخنق ولا يذبح، أو يكون ذكر الحبشة تنبيهاً على أنه من شعار الكفار[4]، فيكون ذلك من باب النهي عن زي الأعاجم، قال: وفي العظم والسن والظفر أربعة أقوال: أجاز مالك وابن حنبل العظم والظفر[5] ومنعهما ابن حبيب و(ح) اذا كانا مركبيْن، وجوزا المنزوعين إن امكن الذبح بهما لكبرهما، وكره السن وأبيح العظم. ومنع (ش) الثلاثة حتى لو عمل العظم نشابا لأن الاستثناء في الحديث ورد مطلقا، وجوابه: أنه معلل بما سبق، وقال اللخمي: لا ينبغي أن يذكى بغير الحديد الا عند عدمه لقوله[6] عليه

(1) د: فعلفها.

(2) د: ويدفع.

(3) البخاري في الشركة. باب قسمة الغنم، وفي الجهاد. باب ما يكره من ذبح الابل الخ ومسلم في الاضاحي، باب جواز الذبح بكل ما أنهر الدم، عن رافع بن خديج.

(4) د الكفر.

(5) (والظفر) سقطت من ي.

(6) مسلم في الصيد، باب الأمر بإحسان الذبح والقتل، ورواه اصحاب السنن الثلاثة عن شداد بن أوس، وفيه: وليُحِد أحدكم شفرتَه.

في مسلم: (إن الله كَتَبَ الإحسان على كل شيء، فاذا قتلتم فأحسنوا القِتلة، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبح، وليُحِد أحدكم مديتة وليرِح ذبيحته) .

النظر الرابع في صفة الذكاة، وهي خمسة انواع: عقر في الصيد البري ذي الدم، وتأثير من الانسان من حيث الجملة بالرمي في الماء الحار، أو قطع الرؤس أو أرجل أو أجنحة في الجراد ونحوه من غير ذي الدم عند ابن القاسم في الكتاب، وقال اشهب في مدونته: لا يؤكل اذا قطعت أجنحته أو أرجله قبل السلق، ولا من قطع الرؤس، قال ابن يونس: قال اشهب[1]: أجنحتها كصوف الميتة، وتؤكل، ولو سلقت أفخاذها بعد قطعها منها لم يؤكل الجميع، لأن المُبانَ عن الحي ميتة، قال ابو محمد: وهذا غلط، وقال ابن عبد الحكَم: لا بد من التسمية عند فعل الذكاة من سلق أو غيره، الثالث: الذبح في نحور الغنم، الرابع: النحر في الإبل، الخامس: التخيير بينهما مع أفضلية الذبح في البقر، لقوله تعالى: ﴿إنَّ اللهَ يأمركُمْ أنْ تَذْبَحُوا بَقَرَةً﴾ (البقرة: 67)، وفي الحديث الصحيح[2]: نَحر عليه السلام عن أزواجه البقر في حجة الوداع. وأصل ذلك: أن المقصود بالذكاة الفصل بين الحرام الذي هو الفضلات المستقذرة، وبين اللحم الحلال، بِأسهل الطرق على الحيوان، فما طالت عنقُه كالإبل فتحرُّهُ أسهل لزهوق روحه لقربه من الجسد، وبعد الذبح منه، والذبح في الغنم أسهل عليها لقربه من الجسد والرأس معاً، ولما توسطت البَقَر بين النوعين جاز الأمران، وأشكل على هذه القاعدة النعامة ، ففي الجواهر: أنها تذبح ولم يحك خلافاً مع طول عنقها ولعل الفرق بينَها وبين الإبل أن نحرها ممكن من جوفها، فنحرها شق لجوفها، ولذلك حرم نحر الغنم.

وفي الجواهر: قال الشيخ أبو بكر: اذا نحر الفيل انتفع بعظمه وجلده،

(1) (قال اشهب) سقطت من الأصل.

(2) مسلم في الحج. باب الاشتراك في الهدي، عن جابر بن عبد الله.

قال ابو الوليد: وخصه بالنحر مع قصر عنقه، لأنه لا عنق له.

قال اللخمي: النحر في البقرة، ويجزىء منها ما أنهر الدم، ولم يشترطوا فيه الودَجَين والحلقوم كالذبح، وظاهر المذهب: إجزاء الطعن ما بين اللبة والمنحر إذا كان في الودَج، لأن عمر رضي الله عنه بعث منادياً: النحر في الحلق واللبة. ولا يكفي الطعن في الحلقوم لبقاء الحياة بعد شقه، واذا وقع النحر في المنحر قطع الودَجَين لأنه مجمعها، ويجزىء قطع ودج.

فائدة: اللبة واللبب وسط الصدر، وفي الكتاب: الذبح في الأوداج والحلقوم، لا يجزىء احدهما، ولم يعتبر المريء، واعتبره (ش) وابن حنبل مع الحلقوم. لأنه مجرى الطعام، واعتبر (ح) ثلاثة من هذه الأربعة غير معينة. لأن الأقل تبع ، للأكثر. لنا: أن المقصود بالذكاة اخراج الفضلات بأسهل الطرق، والمريء مجرى الطعام والشراب، فقطعه[1] لا يرجىء الموت، وبقاء الوريد يمنع الموت، فانحصر المقصود في الحلقوم، لأنه مجرى النفَس ولا حياة بعده، وفي الوريدين لتعذر الحياة بعد الدماء وسقط المريء، ويؤكده قوله[2] عليه السلام: (ما أنهر الدمَ وذكر اسم الله فكل) وإنهار الدم انما يكون من الأوداج، وأصل الإنهار السعةُ ومنه: النهر، لاتساعه للماء، والنهار لاتساع[3] الضوء فيه، ومن ضرورة قطع الودجين: قطع الحلقوم غالباً، قال: لأنه قبلها، فيدل اللفظ على الودجين[4] مطابقة، وعلى الحلقوم التزاماً، وأما المريء فوراءهما ملتصق بعظم القَفَا فلا يدل اللفظ عليه البتة، قال اللخمي: وروي عن مالك: لا بد من الأربعة، والاكتفاء بالودجين لخروج الدم، وقال ابن حبيب: إن قطع الأوداج ونصف الحلقوم اجزأ.

---

(1) (فقطعه) سقطت من الاصل. ولا بد منها.

(2) تقدم تخريجه.

(3) في ي: لاتساعه الظرفية، وهو مصحف.

(4) د.. على الودجين غالبا لأنه مطابقة...

قال صاحب المقدمات: وفرائض الذكاة خمس: النية إجماعا، وقطع الودَجين والحلقوم، والفور، والتسمية سنة، وقاله (ش) وصاحب النكت، وقال صاحب الاكمال: المشهور وجوبها مع الذكر دون النسيان، ومتروك التسمية عمدا لا يؤكل، وقاله (ح) وابن حنبل، لقوله تعالى: ﴿ولا تأكلوا مما لَمْ يُذْكَر اسمُ اللهِ عَليه﴾ (الأنعام: 121)[1] وفي البخاري: (أن قوماً قالوا: يا رسولَ الله، إن قوماً من الأعراب يأتوننا باللحم لاَ ندْري أذكروا اسمَ الله عليه ام لاَ؟ قال: سمُّوا اللهَ وكلوا) وهو يدل على عدم اشتراطها، وقد قال المفسرون في الآية: معناها: ما ذبح على ملتكم فكُلُوا، وما لا فلا، قال ابن يونس: قال ابن حبيب: باسم الله، ولا اله الا الله، وسبحان الله، ولا قوة الا بالله، كل واحدة منهَا تجزىء، لأنه ذكر الله، لكن العمل على: باسم الله والتكبير، وقاله ابن حنبل، وفرق بين: الحمد لله واللهم اغفر لي، لأنه دعاء، قال محمد: والأفضل في الأضحية: ربَّنا تَقبلْ منا إنك انت السميع العليم، وفي الكتاب لا يعْرف مالك: اللهم منك ولك، خلافا لـ (ش).

ومن أمر عبده بالتسمية مرتين وثلاثا وهو يقول: سميت ولم يسمعه صدقه وأكل، قال ابو الطاهر: إن ترك التسمية ناسياً لا يضره ذلك قولا واحداً. أومتَهَاوِناً لم تؤكل على اختلاف، أو عامداً فقولان.

نظائر أربع. مسائل أسقط مالك فيها الوجوب مع النسيان: التسمية، وموالاة الطهارة، وازالة النجاسة، وترتيب الصلاة الفائتة مع الحاضرة، لضعف مدرك الوجوب، بسبب تعارض الأدلة، فقوي السقوط بعذر[2] النسيان.

---

(1) البخاري في الصيد. باب ذبيحة الأعراب ونحوهم. عن عائشة، وهو في الموطأ وغيره.

(2) في ي: بعد.

فرع

قال صاحب تهذيب الطالب: لو استأجر رجلا على الذبح واسماع التسمية فذبح ولم يسمعه، وقال: سميت، قال بعض شيوخنا (لا شيء[1] له من الأجرة لفوات الشرط، ولا يغرم الذبيحة، وقال بعض شيوخنا:) له تغريمه، وقال ابو عمران: وهي مجزئة، لأنه[2] إن أسرها فالسر كالعلانية فيها، وان نسي فنسيانها لا يقدح، ولا يظن بالمسلم غير ذلك، إلا ان تكون الشاة للبيع فينقصها ذلك من اجل[3] تورع الناس فله ما نقص، وقال ابو عمران ايضا: ان كانت اجرة الإسماع اكثر من أجرة السر، فَلَهُ أجرة المثل. وفي الكتاب: الذابح لغير القبلة تؤكل ذبيحته وبئس ما صنع، ويسمى الله عند الذبح وليقل: باسم الله والله اكبر، لقوله[4] عليه السلام ذلك، وليس موضع الصلاة على النبي عليه السلام.

قال اللخمي: يكره الذبح لغير القبلة، فإن فعل أكلت عند ابن القاسم، وقال محمد: تؤكل الا ان يكون متعمدا فتكره، وقال ابن حبيب: إن تعمد حرمت، وكذلك قال مالك قياساً على التسمية، والفرق للمذهب: أن الاستقبال أخف من التسمية لِعدم دلالة النصوص عليه في الكتاب والسنة، بخلاف التسمية تظافرت النصوص على الأمر بها، وانما الذبيحة لا بد لَها من جهة، فاختير افضل الجهات وهي جهة الكعبة، والفرق بينه وبين الاستقبال للبول، وان كان الدم نجاسة كالبول وجهان: ان الدم اخف

---

(1) ما بين القوسين سقط من د.

(2) في د: لو أسرها.

(3) في ي: من جهة تورع.

(4) رواه ابو داود في الضحايا. باب ما يستحب من الضحايا، والترمذي في الاضاحي، عن جابر بن عبد الله، وهوضعيف.

تنجيسا لأكل قليله، والعفو عن يسيره، وان الذبائح في حبْسها قربات بخلاف البول، وايضا البول تنضاف اليه العورة.

تفريع

في الكتاب: اذا نحرت الغنم[1] أو ذبحت الابل من غير ضرورة لم تؤكل، وقال الائمة: يسد كل واحد من النُحر والذبح مَسَدَّ الآخر لحصول المقصود، للفصل بين الحلال والحرام الذي هو الدم.

والواقع من الغنم في بئر لا يوصل لذكاته الا بين اللبة والمذبح فيذبح أو ينحر، ولا يجوز في موضع غير ذلك لأنه غير مشروع إلا في الصيد على خلاف الأصل، وليس هذا صيدا، قال اللخمي: إذا عاد الوحشي الى التوحش بعد التآنس فذكاته بالاصطياد، واختلف في الإنسي يتوحش او يسقط في بئر فلا يؤكل بما يؤكل به الصيد عند مالك وابن القاسم، وقال ابن حبيب: يُؤكل البقر المتوحش بالعقر لأن من جنسها متوحشا، وكذلك الأنعام تقع في البئر ويعجز عن ذكاتها، وقاله (ش) اذا تدفق[2] الدم، لما يروى[3] أن رجلا يقال له أبو العشراء[4] تردى له بعير في بئر فهلك فقال عليه السلام له: (وأبيك لو طعنت في خاصرتها لحلت لك)، وجوز اشهب النحر مكان الذبح وبالعكس، وقال ابن بكير: يؤكل البعير بالذبح لأنه الأصل، ولا تؤكل الشاة بالنحر لأنه بعض أعضاء الذبح.

---

(1) في د: اذا ذبحت الابل او نحرت البقر.

(2) في د: اندفق.

(3) حديث ابي العشراء رواه الترمذي في الأطعمة، باب ما جاء في الذكاة في الحلق واللبة، وابو داود في الاضاحي: باب في ذبيحة المتردية. عن ابي العشراء، والحديث ضعيف، وليس فيه ما في المتن من تردي البعير، ولفظه: لو طعنت في فخذها أجزأ عنك.

(4) في (ي):أبو العشرين وفي (د) أبو العشر. والصواب: ما أثبتنا.

فرع

قال اللخمي: الجوزة التي في رأس الحلقوم ـ وتسمى الغلصمة ـ إن وقع الذبح فيها أجزأ إذا استكمل دائرها، فإن قطع نصفها أكلت عند ابن القاسم خلافا لسحنون (وهما[1] على اصليهما، فإن صار جميعها الى البدن دون الرأس لم تؤكل عند مالك وابن القاسم خلافا) لأشهب لدلالة الحديث عليها التزاما، وأشهب يرى انقطاع النفَس حاصلا وهو كاف في زهوق الروح.

فرع

قال اللخمي: من شرط الذكاة: الفور، فإن رفع يده قبل كمال الذكاة ثم أعادها بعد طول لم تؤكل، أو بفور ذلك أكلت عند ابن حبيب، وقال سحنون: لا تؤكل، وقال ايضا: تكره، وتأول بعضهم قوله بما إذا رفع يده مختبراً فأتم على الفور فتؤكل، وان رفع جازِماً لم تُؤكل، قال: ولو عكس لكان أبين، لأنه اعذر من الشك، قال: وأرى أن تؤكل في الحالين لأن الفور كالمتحِد[2].

وفي تهذيب الطالب: قال الشيخ ابو الحسن: إن كانت حين الرفع لو تركت لعاشت أكلت، لأن الثانية ذكاة مستقلة، والا لم تؤكل كالمتردية وأخواتها.

---

(1) ما بين القوسين سقط من د.

(2) (كالمحد) كذا بدون نقط في د وهي ساقطة من ي.

فرع

في الكتاب: اذا تَمادى حتى قطع الرأس أُكلت، وان لم يتعمد، وقال ابن القاسم: تؤكل وان تعمد لحصول الذكاة المشروعة وزيادة الألم بعد ذلك منهي عنه لا يمنع الإجزاء، قال اللخمي: إن تعمد لم تؤكل، والأول أحسن إلا ان يقصد ذلك أولا، ولم ينو موضع الذكاة فلا تؤكل، فإن ذبح من القَفا لم تؤكل لنفوذ مقتلها الذي هو النخاع قبل الذكاة، وقال الأئمة: تؤكل إن استمرت الحياة عند اعضاء الذبح لحصول الذكاة في الحي.

وفي الجواهر: قال ابن حبيب: لا يؤكل ما ذبح من صفحة العنق.

فرع

في الكتاب: لا تسلخ الشاة ولا تنخع ولا يقطع شيء منها حتى تموت، فإن فعل أكلت مع المقطوع، والنخع: قطع مخ عظم العنق، ومن ذلك كسره.

قال اللخمي: يكره سن المدية بحضرة الشاة والذبح بحضرتها، فقد أمر[1] عليه السلام أن تُحَد الشفار وتوارى عن البهائم. ورأى عمر رضي الله عنه رجلا يحد شفرة وقد أخذ شاة ليذبحها، فضربَه بالدرة وقال: أتعذب الروح؟ ألا فعلت ذلك قبل أن تأخذها؟ وتُؤخذ البهيمة

---

(1) روى الطبراني في الكبير والأوسط ورجاله رجال الصحيح كما قال الهيثمي في (مجمع الزوائد 33/4) عن ابن عباس مر النبي ﷺ على رجل واضع رجله على صفحة شاة وهو يحد شفرته وهي تلحظ اليه ينظرها قال ﷺ: أفلا قتل هذا؟ أو يريد ان يميتها موتتين؟ وصح في السنن امره ﷺ باحداد الشفار.

اخذاً رفيقا وتضجع على شقها الأيسر ليتمكن بيده اليمْنى، ولأنه أهيأ[1] للحيوان، ولذلك كان[2] عليه السلام ينام على الأيمن حتى لا[3] يقوى نومه فينام عن ورده[4]. بسبب ميل القلب اليه في موضعه داخل الصدر، ويعلي رأسها ويأخذ بيده اليسرى الجلدة التي على حلقها من اللحْي[5] الأسفل فيجد[6] لحمها حتى يتبين موضع السكين، ثم يمر السكين مراً مجهزاً فإنْ كان أعسر: قال ابن القاسم: لا بأس بوضعها على الأيمن، قال ابن حبيب: يكره للأعسر الذبحُ.

قال ابن يونس: كره مالك[7] ذبح الدجاج والطير قائماً فان فعل أُكلت.

وفي الجواهر: تنحر الابل قائمة معقولة، ويجوز غير ذلك، وقاله ابن حنبل لقوله تعالى: ﴿فإذا وَجَبَتْ جُنُوبُها فَكُلُوا مِنْها﴾ (الحج: 36) اي سَقَطت، وهو يدل على نحرها قائمةً.

---

(1) في د أهنى.

(2) رواه ابو داود في الادب. باب ما يقول عند النوم، وعلل شراح الحديث ذلك بما ذكر المؤلف.

(3) في د حتى يقوى، وهو تحريف.

(4) في ي: عن صدره.

(5) في د الحلق، وهو تصحيف.

(6) الاصل: فينحرها وهي مصحفة كما ان فيها اثبتنا عن د شيئا.

(7) (مالك) سقطت من (م).

كتاب الأضحية

قال الجوهري: فيها أربع لغات: أُضْحية بضم الهمزة وتسكين الضاد وكسر الحاء وتشديد الياء، وتكسر الهمزة والباقي على حاله، والجمع أضاحي، وفتح الهمزة وكسر الحاء وتشديد الياء، وضحية على وزن فعلية، والجمع ضحايا، وأَضْحات بفتح الهمزة وتسكين الضاد، والجمع أضحا مثل أرطاة وأرطا، وبهاة، وبهمًا، سمي يوم الأضحى، ويمكن أن يكون من الضحى بالقصر وهو وقت طلوع الشمس، أو من الضَّحاء المدود مع فتح الضاد وهو حين ارتفاع النهار، لأنها تذبح فيها.

ويتمهد الفقه بالنظر في مشروعيتها، وما يجزىء فيها، وزمانها، وأحكامها، فهذه أربعة انظار.

النظر الأول في مشروعيتها. وفي الكتاب: الأضحية واجبة على المستطيع مسافراً أو حاضرا الا الحاج فإن سنتهم الهدْي، وساكني منًى، والمكي الذي يشهد[1] الموسم كالآفاقي[2]، وقال (ح): لا يؤمر المسافر بالأضحية، لأن أبا بكر وعمر رضي الله عنهما كانا إذا سافرا لا يضحيان، وفي (تهذيب الطالب): قال ربيعة: هي أفضل من صدقة

(1) في د لم يشهد، وهو تحريف.

(2) في د كالاباقي.

سبعين دينارا، وقال ابن حبيب: أفضل من العتق وعظم الصدقة، لأن إقامة السنة أفضل من التطوع، وقال صاحب القبس: يستحب للإنسان أن يضحي عن وليه، كما يستحب له الحج عنه والصدقة، وفي الترمذي[1]: قال علي رضي الله عنه: أوصاني رسول الله ﷺ أن أضحي عنه. قال: وعندي أن الميت يصل اليه كل عمل يعمله الحي، وفي الكتاب: لا تجب على مَن فيه رق للحجر عليه في المال، قال اللخمي: المراد بالوجوب: السنة المؤكدة، وقاله (ش) وابن حنبل لما في مسلم[2] قال عليه السلام: (اذا دخل العشر وأراد احدكم أن يضحي فلا يمس من شَعره ولا بشره شيئا) فوكل ذلك لإرادته، وقال في كتاب محمد بالوجوب، وقاله ابن القاسم في الكتاب لتصريحه بتأثيم من أخر أضحيته عن أيام النحر، ووافقه (ح) لقوله[3] عليه السلام لأبي بردة في جذعة الماعز: (تجزئك ولا تجزىء احداً بعدك) والإجزاء فرع شغل الذمة، قال ابو الطاهر: قول ابن القاسم بالتأثيم في الكتاب محمول على الوجوب، وقيل: انما يثبت الوجوب اذا اشتراها.

فرع

قال ابن القصار: يستحب لمن أراد التضحية ألا يقص شعره ولا ظفره اذا أهل ذو الحجة حتى يُضحي. لقوله[4] عليه السلام: (اذا دَخَلَ العشر

(1) في الاضاحي، باب ما جاء في الأضحية عن الميت، ورواه ابو داود في الاضاحي، باب الاضحية عن الميت، ايضا عن علي، واشار الترمذي الى ضعفه بقوله: غريب لا نعرفه الا من حديث شريك الخ.

(2) مسلم، كتاب الاضاحي، باب نهي من دخل عليه عشر ذي الحجة وهو مريد التضحية أن يأخذ من شعره واظفاره شيئا. عن ام سلمة رضي الله عنها.

(3) البخاري في الاضاحي، باب قول النبي ﷺ لأبي بردة: ضح بالجذع من المعز. ومسلم في الاضاحي، باب وقتها، عن البراء بن عازب.

(4) تقدم تخريجه آنفا.

وأراد أحدكم أن يضَحي فلا يأخذ من شَعَره ولا بشره شيئا) فإذا ضحى اخذ من كل ما منع من اخذه، وقاله (ش) ، واختلف في تعليله ، فقيل: تشبهاً بالمحرمين، ويشكل بالطيب والمخيط وغيرهما، وقيل: لما يروى[1] عنه عليه السلام قال: (كَبِّر أضحيتك يعتق الله بكل جُزء منها جزأ منك من النار) والشعر والظفر أجزاء، فيترك حتى يدخل في العتق.

فرع

قال اللخمي: قال ابن حبيب: من ولد يوم النحر أو آخر أيامه يضحى عنه، وكذلك من أسلم لبقاء وقت الخطاب بالأضحية، بخلاف زكاة الفطر.

فرع

ولا يؤمر بها من تجحِف بماله من غير تحديد، ويضحى عن الصبي لوجود السبب في حقه وهو ايام النحر كملك النصاب.

فرع

وفي البيان: للغُزاة أن يضحوا من غنم الروم، لأن لهم اكلها ولا يرُدوها[2] للمقاسم.

النظر الثاني فيما يجزىء منها . وفيه ثلاثة فصول.

الفصل الأول: في جنسها. قال اللخمي: يختص بالنعم: الابل والبقر والغنم، والابل دون الوحش، كان له نظير من النعم أم لا لقوله تعالى:

---

(1) لم اجد هذا الحديث فيما بين يدي من مصادر.

(2) د ولا يؤدوها للقاسم.

﴿عَلَى مَا رَزَقَهُمْ مِن بَهِيمَةِ الأَنْعَامِ﴾ (الحج: 28) وافضلها: الغنم ثم البقر ثم الإبل، وقال (ش) و(ح): أفضلها الإبل ثم البقر ثم الغنم لقوله[1] عليه السلام: (منَ راح في الساعة الأولى فكأنما قرب بدنة، ومن راح في الساعة الثانية فكأنما قرب بقرة، ومن راح في الساعة الثالثة فكأنما قرب كبشا) الحديث، ولأن سَد[2] الخلات مطلوب للشرع، وهو من الإبل اكثر فيكون افضل، والجواب عن الأول: القول بالموجب، لأنه عليه السلام قال: فكأنما قرب بدنة، ولم يقل في أي باب فيحمل على الهدايا وهو مجمع عليه، وعن الثاني: ان[3] المطلوب من الضحايا ليس كثرة اللحم وسد الخلات بخلاف الهدايا، لقوله[4] عليه السلام: (خير الأضحية الكبش) ولأن المطلوب احياء قصة الخليل عليه السلام لقوله تعالى: ﴿وَفَدَيْنَاهُ بِذِبْحٍ عَظِيمٍ، وَتَرَكْنَا عَلَيْهِ فِي الآخِرِينَ﴾ (الصافات: 107) قيل: جَعلناه سنة للآخرين، ولأن الله وصفه بالعظيم، ولم يحصل هذا الوصف لغيره من جهة المعنى إن[5] المفدى لم تكن نفاستُه لعظم جسمه بل لعظم معناه، فكذلك ينبغي ان يكون فداؤه تحصيلا للمناسبة، لانه عليه السلام لما ضحي عن نفسه ضحي بالكبش، وفي مسلم[6]: (أمرَ عليه السلام بكَبش أقرَن يطأ في سَواد، وينظر في سواد، فأتي به ليضحيَّ به، قال يا عائشة: هَلُمي المُدية، ثم قال: اشحذيها بحَجَرٍ

---

(1) هذا بعض حديث رواه البخاري في الجمعة: باب فضل الجمعة، ومسلم في الجمعة، باب التطيب والسواك للجمعة عن أبي هريرة.

(2) د شدة الخلاف، وهو تحريف.

(3) د ليس المطلوب... كثرة اللحم.

(4) هو بعض حديث رواه ابو داود في الجنائز. باب كراهية المغالاة في الكفن. عن عبادة ابن الصامت، وهو ضعيف، ولفظه: خير الكفن الحلة، وخير الأضحية الكبش الأقرن.

(5) (ان) سقطت من د.

(6) في الاضاحي، باب استحباب الضحية وذبحها مباشرة بلا توكيل والتسمية والتكبير. عن عائشة.

ففعلت، ثم أخذها وأخذ الكبشَ فأضْجَعه ثم قال: بسم الله، اللهمَّ تقبلْ من محمد وآل محمد، ثم ضحَّى به) وحيث ضحى بالبقر انما كان عن أزواجه.

وقال ابن شعبان: افضلها الغنم ثم الإبل ثم البقر، وقال أشهب: الابل ثم البقر (وقال[1] ايضا: الابل ثم البقر) ثم الغنم لمن هو بمنىً لأنه لا أضحية عليه، بل يغلب عليه حكم الهدْي. وذكُورُ كل جنس أفضل من اناثه، واناثُه افضل من الجنس الآخر، وقال ايضا: الذكور[2] والإناثُ سواء، والفحل عنده افضل من الخصي لشبهه بالأنثى، وقال ابن حبيب: الخصي السمين، أفضل من الفحل[3] الهزيل، لأنه عليه السلام (ضحى[4] بكبشين أملَحين موجوئين أي خصيين) لأن الوِجاء: القطع.

فائدة. من الإكمال: الأملح: الأبيض كلون الملح يشوبه سوادٌ ممازج، والذي يخالط بياضه حمرة، أو سواد تعلوه حمرة، أو بياضه اكثر من سواده، أو في خلال بياضه طبقات سود أو النقي[5] البياض، ستة أقوال.

فرع

قال ابو الطاهر: المتولد بين الأنعام وغيرها: إن كانت الإناث من غير الأنعام، لا تجزي اتفاقا لأن الحيوان غير الناطق انما يلحق بأمه، ولذلك انما يسمى يتيماً اذا ماتت أمه، فإن كانت من الأنعام فالإجزاء، لأنها هي

---

(1) ما بين القوسين زيادة من الاصل.

(2) د الذكر والانثى.

(3) د العجل.

(4) رواه احمد في المسند مسند عائشة عنها وعن ابي رافع، ورواه الحاكم في المستدرك في كتاب الضحايا وحسن الهيثمي في مجمع الزوائد اسناده، ونحوه باطول منه في سنن ابن ماجة عن عائشة وعن ابي هريرة، وفي اسانيد الجميع مقال.

(5) د: او النقاء البياض.

الأصل، وعدم الإجزاء لأن مورد الشرع ما خلص من الأنعام، وهذا لم يخلص.

فائدة: الأنعام والنعمة والنعم والنعماء والنعيم، قال صاحب كتاب الزينة: هي مأخوذة من لفظة نعم في الجواب. لأنها تسر النفوس غالباً فاشتق اسم ما يسر منها، وقيل: النعم من نعامة الرجْل وهي صدرها، وهي تمشي على صدور أرجُلها فسميت نَعَمًا.

الفصل الثاني في سنها، وفي الكتاب: لا يجزىء ما دون الثني من الأنعام كلها في الضحايا والهدايا إلا من الضأن، وقاله الأئمة، لما في مسلم[1]: قال ابو بردة بن نيار: (عندي جذعة من المعز هي خير من مسنة؟ فقال عليه السلام: اذبحها ولن تجزىء أحدا بعدك) وفيه[2]: (لا تَذْبَحُوا إلا مسنة، فإن عَسُر عليكم فاذبَحوا الجَذَع من الضأن) والمسنة هي الثنية، قال ابن يونس: قال ابن حبيب: وسن الجذع من الضأن من ستة أشهر، وقيل: ثمانية اشهر، وقيل: سنة، وقاله (ح).

قال ابن حبيب: والثني من المعز ابن سنتين، وقاله (ش)، ومن البقر ابن اربع[3]، ومن الإبل ابن ست، وقاله (ش) وابن حنبل، قال عبدُ الوهاب و(ح): الثني من المعز ما دخل في الثانية، ومن البقر ما دخل في الثالثة: وقاله (ش) و(ح)، وفي الجواهر: قال أشهب وابن نافع وعلي بن زياد وابن حبيب: الجذع ماله سنة، وقال ابن وهب: عشرة أشهر، وقيل: ثمانية، وروي عن سحنون وعن علي: سنة، قال: والتحاكم في ذلك الى أهل اللغة، والأول أشهر عندهم، قاله في كتاب الزكاة.

(1) تقدم تخريجه.

(2) مسلم في الأضاحي، باب سن الأضحية، عن جابر بن عبدالله، ورواه كذلك ابو داود والنسائي.

(3) ي: ومن البقر الاربع.

تنبيه. إنما اختلفت أسنان الثنايا لاختلافها في قبول الحمل والنزوان فإن ذلك انما يحصل غالبا في الأسنان المذكورة، ويَحصل في الجذع من الضأن بخلاف غيره، ولما كان ما دون الحمل من الآدمي ناقصاً في حينِ الصغر، كان من الأنعام كذلك لا يصلُح[1] للتقرب، وقد تقدم في الزكاة استيعاب هذا المعنى.

الفصل الثالث: في صفتها، وينبغي أن تكون افضل نوعها، ويقتدى فيها بالصفات الواردة في السنة، ولا يقصد بها المباهاة والمفاخرة، فلا يقبل الله تعالى الا الخالص له، فإنه أغنى الشركاء عن الشرك، وفي الصحيح[2]: سئل عليه السلام أي الرقاب أفضل؟ فقال: (أغلاها ثَمناً وأنفسُها عند أهلها)، قال صاحب الاكمال: والمشهور تسمين الأضحية لما في الصحيحين: قال ابو العالية: كنا نسمن الأضحية بالمدينة، وكان المسلمون يسمنون. وقال ابن القوطي[3]: يكره لأنه سنة اليهود.

والعيوب المخلة بها ثلاثة اقسام: ما يُخل باللحم كقطع الأذن، وما يفسد اللحم كالمرض والجرب، وما يخل بالجمال فقط، كشق الأذن وقطع الذنَب الذي لا لحم فيه، وعطب الضرع عن الحِلاب فتطرد[4] النصوص في ذلك. وفي الكتاب: تجزىء المكسورة القرن إلا ان يدمي، لأنه حينئذ مرض، ولا تجزىء المريضة البين مرضُها، ولا البشمة، ولا الجربة، لأنها مرض، ولا بأس بالبياض اليسير في العين على غير الناظر، والشق الوسم[5]، ويسير القطع بخلاف جلها، ولا يجزىء العرج البيّن بخلاف ما لا يمنع لحوق

---

(1) د لا يصح للتقريب. وهو مصحف.

(2) هو بعض حديث رواه البخاري في العتق، باب اي الرقاب افضل، ومسلم في الإيمان، باب بيان كون الإيمان بالله تعالى افضل الاعمال. عن ابي ذر الغفاري.

(3) د: ابن العسرطي.

(4) ي: فنسرد النصوص.

(5) كذا في النسختين، ولعلها: للوسم.

الغَنَم، ولا تُجزىء العمياءُ ولا العوراءُ ولا العجفاء، ولو حَدَث ذلك بعد الشراء بخلاف حدوثه بالهدايا بعد التقليد، لأن الاضحية لا تتعين الا بالذبح، ولا تجزىء الناقصة الخَلْق، ولا بأس بالجلحاء وهي الجماء، والسكَّاءُ وهي الصغيرة الأذن وهي الصمّعاء، ومنه صومعة الأذّان، لأنها لا يبرز منها شيء، ولا تجزىء المخلوقة بغير الأذنين. وفي النسائي[1] قال عليه السلام: (أربع لا تجوز في الأضاحي: العوراء البيّن عَوَرُها، والمريضةُ البيّن مرضُها والعرجاء البيّن ضَلْعُها، والعجفاء التي لا تُنْقي) قال اللخمي: تُستحب المنافسة في الأضحية قياساً على العتق بجامع القربة، واذا كثر عيب من غير الأربعة التي في الحديث فالمذهب قياسه عليها، وقصَر البغداديون ذلك على الأربعة، وقال ابن حَنْبل[2]: لا يُجزىء ما لا نقي لها وهو الشحم، وقيل: التي لا مخ لها، فعلى هذا تجزىء أول ذهاب شحمها، ولا يُجزىء الجربُ البين لأنه يفسد اللحم، وقال ملك[3] تجزيء الهرمة ما لم يكن بيناً، ولا يجزىء الجنون اللازم لأنه يمنع الرعي فينقضُ اللحم ويمنع الجهال بخلاف ما يحدث في الأحَايين، واذا ذهب الأكثر من كل عين لم تجزىء[4] بخلاف اليسير منها، والشرقاء: المشقوقة الأذن، والخرقاء: المثقوبتها، والمقابلة: المقطوع اذنها من قِبَل وجهها، والمدابرة: من جهة دُبُرها. ووافقنا الائمة في جميع ذلك غير أن (ح) قال: اذا حدث العيب عند الذبح أجزأت خلافاً لـ (ش) كأنه يرى أن العيب لم يبق له زمان يَظهر فيه أثره، ولم ير مالك و(ش) الخصاء عيباً، لأن الخصية لا تجمل

---

(1) رواه مالك في الموطأ في الضحايا، باب ما ينهى عنه من الضحايا، عن البراء بن عازب، ورواه النسائي في الضحايا. باب ما نهي عنه من الاضاحي الخ وهو صحيح، والضلع: العرج، لا تنقي اي لا نِقي لها، والنقي مخ العظم، والمعنى: شدة الهزال.

(2) د: ابن حبيب.

(3) د: لا تجزىء، وهو تحريف.

(4) ي: لم يجز.

الحيوان، ولا تقصد بالأكل غالباً وعدمها يطيب اللحم، ولا خلاف في الأنثى الكثيرة الولادة، والذكر الكثير النزو إن فسد لحمهما بذلك، قال اللخمي: لا يمنع الإجزاء عند البغداديين ذهابُ اكثر الأذن، وعلى المذهب لا يجزىء ماله بَال لِنقص الثمن، فما كان دون الثلث فيسير، أو فوقه فكثير، وقال ابن حبيب و(ح): الثلث كما هو في الدية، ومنع (ش) الإجزاء بذهاب قطعة من الأذن بخلاف الشق، وقال محمد: النصف كثير، ولا أحَد[1]. قال اللخمي: والشق أيسر من الذهاب فيجزىء النصف، وقال محمد: تجوز اذا ذهبت جلة قرونها، وقال ابن حبيب: لا تجوز العضباء وهي المكسورة القرن وان لم يدْم، بخلاف ذهاب[2] جَارحة فقط، قال اللخمي: ولا أرى تجزىء من ذلك ما يَكثر له شبيها[3] وقال اشهب:[4] تجزىء وان كانت تدمي اذا كان المرض خفيفا لسلامة اللحم، قال ابن يونس: المكسورة الخارج تسمى: قصماء، والذكر أقصم، والمكسورة الداخل تسمى: عضباء، والذكر أعضب، وقال مالك في الكبش يطول ذَنبه فتقطع منه قبضة: يجتنب، قال محمد: الكثير مكروه، والثلث كثير، ولا خير في مشطور الضرع كله، قال صاحب تهذيب الطالب: قال محمد: اذا يبس ضرعها كله لا يضحى بها، وان كانت ترضع ببعضه جاز، قال ابو الطاهر: والمخلوقة بغير ذنَب لا تجزىء لنقصان اللحم الا على القول بقصر العيوب على الأربعة، قال اللخمي: ولا تجزىء الذاهبة الأسنان بكسر ونحوه، وقاله (ش)، وقال ابن حبيب: تجزىء اذا كان بإثغار، قال مالك: وكذلك الكبر، ومنعه مرة، والنتن في الفم مما يتقي لنقصان الجمال، واستلزامه يغير اللحم أو بعضه.

---

(1) ي: ولا احداد، وهو تصحيف.

(2) د بخلاف خارجه، وهو الصواب.

(3) كذا الاصل وفي (د) شبنها، ولعلها شينُها.

(4) (وقال أشهب) سقطت من د.

النظر الثالث في زمانها. وفي الكتاب: يضحي الامام بالمصلي بعد الصلاة ثم يذبح الناس بعده، والذبح قبل صلاة الامام أو بعدها وقبل ذبحه غير مجزيء، ويجزيء أهلَ البوادي، ومَن لا إمام لهم أقرب الائمة اليهم، فإن صادفوا قبله[1] أجزأهم لأن الواجب عليهم الاجتهاد كالقبلة في الصلاة وقد فعلوا، وقال (ح): المعتبر الصلاة دون الذبح، لقوله عليه السلام في مسلم[2]: (من ذبح أضحيته قبل أن يصلي، فليذبح مكانها اخرى) وقال (ش): المعتبر وقت انقضاء الصلاة دون الصلاة والذبح، وابن حنبل: الفراغ من الصلاة والخطبة. لنا: ما في مسلم[3] قال عليه السلام: (أول ما نبدأ به في يومنا هذا ان نصلي ثم نرجع فننحر، فمن فعل ذلك فقد اصاب سنتنا، ومن ذبح قبل ذلك فانما هو لحم قدمه لأهله، ليس من النسك في شيء)، وفي البخاري[4] انه عليه السلام كان يذبح وينحر بالمصلى.

وفي الكتاب: ايام النحر ثلاثة ايام.

ولا تجزيء التضحية بليل لقوله تعالى: ﴿وَيَذْكُرُوا اسْمَ اللهِ فِي أَيَّامٍ مَعْلُومَاتٍ عَلَى مَا رَزَقَهُم مِنْ بَهِيمَةِ الأَنْعَامِ﴾ (الحج: 28) فذكر الأيام دون الليالي، وأقل الجمع ثلاثة، وقال[5] عليه السلام: (من ضَحَّى

---

(1) ي: وقته، واشار في الهامش قائلا: لعله: او قبله.

(2) رواه مالك في الموطأ في الضحايا. باب النهي عن ذبح الضحية قبل انصراف الامام. عن عويمر بن الأشقر، ونحوه في الصحيحين.

(3) البخاري في الاضاحي، باب قول النبي ﷺ لأبي بردة الخ ومسلم في الأضاحي. باب وقتها.

(4) البخاري في الحج. باب النحر في منحر النبي ﷺ، وفي الأضاحي، باب الاضحى والنحر بالمصلي.

(5) روى الطبراني في الكبير عن ابن عباس مرفوعا: نهى ﷺ عن الاضحية ليلا، وفي سنده متروك كما في (مجمع الزوائد 23/4) وذكر النووي في (المجموع 388/8) عن =

بليل فليعد) وسميت: معلومات اي علم الذبح فيها، والأيام المعدودات ثلاثة بعد يوم النحر، أي تُعد فيها الجمار، فيوم النحر معلوم غير معدود، والرابع منه معدود غير معلوم، والمتوسطان معلومان معدودان، وفي الإكمال روي عن مالك الإجزاء بالليل، وقاله (ش) و(ح) خلافاً لابن حنبل لاندراج الليالي في الأيام لغةً، وقالا: الذبح ثلاثة بعد يوم النحر فتكون أيام الذبح عندهما أربعة.

سؤال: اذا فاته الذبح نهاراً لا يذبح ليلا، واذا فاته الرمي نهاراً رَمَى ليلا مع تناول النص الأيام فيهما، فإن كان الليْل يندرج ففيهما والا فلا يندرج.

جوابه من وجهين: احدهما: أن كل يوم لهُ رمي يخصهُ فتعين القضاء لليل، والذبح واحد فلا ضرورة لليل، وثانيها: أن المطلوب من الأضحية إظهار الشعائر، ولذلك شرعت في الآفاق، والليل يأبَى الظهور بخلاف الرمي، وفي الجواهر: ينحر في اليوم الثاني والثالث وقت ذبح الامام في اليوم الأول قياساً على اليوم الأول، فلو تقدم عليه أجزأه، قاله أصبغ، قال ابن يونس: الذبح في اليوم الأول أفضل للسنة، والمبادرة الى الطاعة، قال محمد: ولا يراعى في اليومين ذبح الإمام بل يجوز بعد الفجر، قال مالك: وكره في اليوم الأول بعد الزوال الى غروب الشمس وكذلك الثاني، فإن زالت الشمس أخر الى الثالث لشبه الأضحية بالصلاة من جهة ارتباطها بها، والصلاة لا تفعل بعد الزوال، وقيل: الأول كله افضل من الثاني، والثاني كله أفضل من الثالث تعجيلا للقربة، والاول هو المعروف، قال: قال عبد الوهاب: اذا لم يخرج الامام أضحيته نحروا ذبحه، فإن تبين خطؤهم أجزأهم كالقبلة، قال محمد: ولو ذبح رجل قبل ذبح الإمام في

= الحسن البصري قال: نهي عن جذاذ الليل، وحصاد الليل، والاضحى بالليل. وهذا مرسل او موقوف، ولم اقف عليه بلفظ المؤلف: من ضحى بليل فليعد.

منزله في وقت لو ذبح الإمام في المصلي لكان قبله أجزأهُ، وروي عن مالك فيمن لا امام لهم يتَحَرَّون أقرب الائمة اليهم، فيخطئون: لا يُجزئهم، قال محمد: اذا ذبح اهل المسافر عنه راعوا امامهم دون امام بلد السفر، ولا يراعى الامام في الهدْي، قال اللخمي: اذا لم يبرز الإمام أضحيته فذبح رجل قبله لم يُجزه إلا أن يَتَوانَى الإمام، وكذلك اذا لم يذبح الامام بالمصلى، قاله أبو مصعب، وهو احسن، وقال محمد: لا يجزىء لفوات الشرط.

والامام المعتبرُ هُو الخليفة المعتبر شرعا، ومن أقامه، وأما السلطان يملك بالقهر فلا يعتبر هو ولا نوّابه، والناس معه كأهل البوادي الذين لا امام لهم، والخلاف في الذبح ليلا إنما هو فيما عدا ليلة اليوم الأول.

النظر الرابع: في أحكامها. وهي قسمان، قبل الذبح وبعده.

القسم الأول: قبل الذبح، وهو سبعة أحكام: الحكم الأول: تعيينها[1]، ففي **الجواهر**: اذا قال: جعلت هذه أضحيتي تعينت، وقاله (ش) وابن حنبل، قياساً على تعيين العبد للعتق والدار للحبس، قال مالك في **العتبية**: اذا سمي اضحيته فلا يَجزُها لأنه ينقصها، قال صاحب **البيان**: لا تَجب عند مالك بالتسمية، وقال القاضي اسماعيل:[2] اذا قال: أوجبتها أضحيةً تعينت، قال: وهو بعيد، ولا تتعين عند مالك الا بالذبح، ثم قال في **المقدمات**: وقد وقع في **العتبية** أنها تجب بالتسمية اذا قال: هذه أضحيتي بعد أن حمله في **البيان** على الاستحباب، قال ابو الطاهر: وحمل بعض المتأخرين قول ابن القاسم في **الكتاب** بالتأثيم اذا أخر الأضحية بعد أيام النحر على أنها تجب بالشراء (بالأصالة، وانما تجب بالشراء)[3] اذا قصد شراءها لذلك، وقال بعض البغداديين: اذا قال: هذه

(1) (تعيينها) سقطت من الأصل.

(2) (اسماعيل) سقط من د.

(3) ما بين القوسين سقط من الاصل.

أضحيتي وجبت ولا يجوز ابدا لها، فيتلخص لتعيين الأضحية خمسة أسباب: النذر، والذبح، والايجاب، والتسمية، والشراء. والمشهور انها لا تتعين الا بالأولين، وفي الكتاب: له إبدال اضحيته ولا بدلها الا بخير منها، ولا يستفضل من ثمنها شيئا، وان ضلت ثم وجدها بعد أيام النحر ذبحها الا أن يكون ضحى ببدلها، ويصنع بها ما شاء، وكذلك إن وجدها بعد أيام النحر وان لم يضَح، ولو حبسها حتى خرجت أيام النحر. قال ابن يونس: قال القاضي اسماعيل: انما تعينت الهدايا لان التقليد والإشعار فعل قربة فلا يجوز ابطاله، والضحايا لم يوجد فيها الا مجرد النية.

الحكم الثاني: الاشتراك فيها، وفي الكتاب: لا يشترك فيها الا أن يذبحها عن نفسه واهل بيته وان زادوا على السبعة، لأنها شركة في الثواب دون اللحم، ولقوله[1] عليه السلام: (على كل اهل بيت أضحية أو عتيرة) والعتيرة: شاة كانت تذبح في رجب ثم نُسخت، والأفضل ان يضحى عن كل واحد شاة، وليس عليه ان يضحي عن زوجته بخلاف النفقة، لأنها قربة وهو لا يتوجه عليه التقرب عن زوجته، والفرق بينها وبين زكاة الفطر: أن زكاة الفطر متعلقة بالأبدان فاشبهت النفقة، وأجاز الائمةُ البقرة عن سبع، والبدنةَ عن سبع، قال صاحب البيان: روى ابن وهب عن مالك: الاشتراك في هدْي التطوع، ويلزم ذلك في الأضاحي على القول بعدم وجوبها، وتحصيل الخلاف في المسألة: أن في جواز الاشتراك قولين، واذا قلنا به: فثلاثة اقوال: يجوز في الشاة والبدنة والبقرة لأكثر من سبعة. يشترك سبعة فأكثر[2] في البدنة والبقرة فقط، يشترك عشرة في البدنة، وسبعة في البقرة، واذا قلنا: لا يجوز الاشتراك، فثلاثة أقوال: المنع

---

(1) رواه الترمذي في الاضاحي، باب 17، وابو داود في الضحايا. باب ما جاء في ايجاب الاضاحي، ورواه النسائي وغيرهم عن مخنف بن سليم. وهو حسن.

(2) د فأقل.

مطلقا، المنع فيمن عدا اهل بيته، الثالث: له ذبحها عنه وعمن سواه، وان كانوا اهل بيت شتى. المشهور: القياس على الرقبة في العتق وعلى الشاة، ولأن كل واحد منها مأمور بما يسمى أضحية، وجزؤها لا يسمى كذلك فلم يأت بالمأمور به، فلا تجزئه: وأما قول[1] جابر: نحرنا عام الحديبية البدنة عن سبع والبقرة عن سبع. فمحمول على أن الذبائح كانت من عنده عليه السلام، وأمته عياله، فلذلك جاز ذلك، وقد قال رجل لعلي رضي الله عنه: اشتريتُ بقرة لأضحي بها فَوَلّدت فما ترى فيها وفي ولدها؟ فقال: لا تحلبها الا فضلا عن ولّدها، واذبحها وولدها يوم النحر عن سبع من اهلك، فكذلك هذه الأحاديث محمولة على الأهل وما يشبه الأهل، وليس فيها تصريح بالأجانب، بل ذكر العدد والسكوتُ عن المعدود، فلا حجة فيها علينا، ونحن متمسكون بالقواعد والقياس، قال اللخمي: الأضحية عن الغير خمسة أقسام: القريب اللازم النفقة، فعليه أن يضحي عنه إما بشاة شاة، أو عن الجميع بشاة، أو يدخل البعض في أضحيته، وعن الباقي بشاة، الثاني: القريب المتطوع بنفقته كالأبوين مع اليسار[2] والإخوة وابن الأخ وابن العم، فليس عليه التضحية عنهم، وله ذلك عن الأقسام المتقدمة، واذا فعل أسقط الأضحية عن المنفق عليهم، وان كان مخاطباً بها لليسارة[3]، والثالث: الأجنبي المتطوع بنفقته إن كان أشركه فيها لم تجز واحداً منها، الرابع: الأجنبي الواجب النفقة، كالأجير بطعامه، هو كالثالث، الا الزوجة، فله ادخالها لما شملها اسم الأهل، وقد قال[4] عليه السلام: (اللهم هذا عن محمد وآل محمد) والآل: الأهل.

---

(1) رواه مالك في الموطأ كتاب الضحايا، باب الشركة في الضحايا، وعن كم تذبح البقرة والبدنة. عن جابر بن عبد الله قال: نحرنا مع رسول الله ﷺ... وهو في صحيح مسلم.

(2) د كالابوين اليسر.

(3) د ليساره.

(4) تقدم تخريجه.

الخامس: الأجنبي لا ينفق عليه، لا يشركه[1]، وفي الكتاب: استحب مالك حديث ابن عمر لمن قدّر دون حديث ابي أيوب الأنصاري. وفي النكت[2]: حديث[3] ابن عمر انه كان لا يضحي عمن في البطن، يريد: وأما من كّان في غير البطن فيضحي عن كل نفس بشاة، وحديث[4] ابي ايوب ذكر فيه: كنا نضحي بالشاة الواحدة يذبحها الرجل عنه وعن أهل بيته، ثم تباهى الناس فصارت مباهاة.

الحكم الثالث: نسلها وغلتها، وفي الكتاب: اذا ولدت فحسن ذبح ولدها معها من غير وجوب، وقاله (ش)، قال ابن القاسم: ثم أمرني ان أمحو: من غير وجوب، وأنا أرى ذلك غير واجب، قال اللخمي: ان خرج بعد الذبح حيا فهو كأمه، فإن ولدته قبل الذبح: قال اشهب: لا تجوز التضحية به لأنه دون السن، وهي لا تتعين الا بالذبح. بخلاف المدبرة وغيرها من الرقيق، وبخلاف الهدْي، وان بعد زمان الولادة عن الذبح لم يذبح، واختلفوا في لبنها: قال ابن القاسم في الكتاب: ان لم يشربه ولدها وأضر بها تصدق به، وقال اشهب: يصنع به ما شاء، والصوف بعد الذبح كاللحم، وفي الكتاب: ليس له جزه قبل الذبح لأنه جمال لها، فان جزّه قال ابن القاسم: لا يَبيعه خلافا لأشهب.

الحكم الرابع: التعدي عليها، وفي الجواهر: إن غصبت فليشتر بقيمتها أخرى، توفية بالقربة. وقيل: يصنع بالقيمة ما شاء، ولذلك لو لم تف القيمة بشاة تصدق بها به أو صرفه فيما شاء على الخلاف المتقدم.

---

(1) (لا يشركه) سقطت من الاصل، ولا بد منها.

(2) في الأصل: وفي ادب حديث ابن عمر، وهو تحريف.

(3) رواه في الموطأ في الضحايا. باب الضحية عما في بطن المرأة وذكر ايام الأضحى.

(4) رواه في الموطأ في الضحايا، باب الشركة في الضحايا وعن كم تذبح البقرة والبدنة.

الحكم الخامس: موته قبلها[1]. ففي الجواهر: وُرِّثت عنه، واستحب ابن القاسم ذبح الورثة لها عنه تنفيذاً لما قصد من القربة، ولم يره اشهب لانتفاء ملكه وانقضاء[2] تقربه بعد الموت.

الحكم السادس: مباشرة ذبحها، وفي الكتاب: اذا ذبحها ولدك أو بعض عيالك ممن فعله ليكفيك مؤنتها بغير أمرك أجزأ، وأما غيره فلا، ويضمن القيمة، قال اللخمي: تستحب مباشرة الأضحية اقتداء به عليه[3] السلام، والا وكل من له دين، فقد كان الناس يتخيرون لضحاياهم اهلَ الدّين لأنهم اولى بالتقرب، فإن وكل تارك الصلاة استحب له الإعادة للخلاف في حل زكاته، أو كتابيا: ففي الكتاب: لا يجزئه لأنه ليس من اهل القربة، ولقوله[4] عليه السلام: (لَن أستعين بمشرك) وجوزه أشهب و(ح) وابن حنبل على كراهة، لأنه من اهل الذكاة، والقربة لا تفتقر الى نية التقرب من الذابح، بل نيّة الذبح ونية التقرب من المالك، ولو وكله ان يوكل مسلماً ففعل ونوى الذابح القربَة أجزأه، وفي الجواهر: اذا صحت[5] استنابة الكتابي فلينو المضحي عن نفسه، قال اللخمي: واذا ذبح بغير وكالة من لا شأنه القيام بأمر الذابح خُيِّر بين تضمينه القيمةَ وأخذها وما نقصها الذبح، وقال اشهب: لا يجزىء الذبح بغير وكالة ولو كان ولدا، فقاسها ابن القاسم على العتق عن الغير بطريق الأولى، لأن المعتَقَ عنه لم ينو التقرب، ولأنه[6] عليه السلام نحر عن اهله البقر من غير وكالة،

---

(1) د: قبل ذبحها.

(2) (د) وانقطاع.

(3) تقدم تخريجه من حديث عائشة.

(4) هو بعض حديث رواه مسلم في الجهاد. باب كراهة الاستعانة في الغزو بكافر. والترمذي في السير، عن عائشة رضي الله عنها.

(5) د: صححنا.

(6) تقدم تخريجه وهو من حديث عائشة في صفة حج النبي ﷺ في البخاري ومسلم.

وقاسها أشهب على اصله في العتق عن الغير أنه لا يجزئ ، وفي الجواهر: ان وكل بالتضحية والنية جاز.

فرع

قال اللخمي: لو ذبح كل واحد منهما أضحية صاحبه خطأ: ففي الكتاب: لا تجزىء صاحبها ولا الذابح عند ابن القاسم، وقال اشهب: تجزىء الذابح اذا ضمن تنزيلا للقيمة منزلة الثمن في الشراء، وقال (ح): تجزىء كل واحد منهما كالوكيل ولا ضمان، لأن كل واحد منهما كالوكيل.

فرع

لو نوي الوكيل عن نفسه أجزأت صاحبها، وقد اشترى ابن عمر رضي الله عنهما شاة من راع فأنزلها من الجبل وأمره بذبحها فذبحها الراعي وقال: اللهم تقبل مني، فقال ابن عمر: ربك اعلم بمن انزلها من الجبل، وقال اصبغ: لا تجزئه، لأن النية المعتبرة ما قاربت[1] الفعل.

الحكم السابع: اختلاطها.[2] قال اللخمي: قال ابن عبد الحكَم: اذا اختلطت اخذ كل واحد منها اضحيته ضَحَّى بها وأجزأه.

القسم الثاني في أحكامها بعد الذبح، وهي أربعة، الحكم الأول: في الكتاب: لا تبع[3] من الأضحية لحما ولا جلدا ولا شعرا ولا غيره، وقاله

(1) د: قرنت. ولعلها الصواب.

(2) (اختلاطها) سقطت من الاصل.

(3) د: لا تبيع.

الأئمة، لأنها صارت قربة لله تعالى، والقربات لا تقبل المعاوضة، وانما[1] الله تعالى اذن في الانتفاع بها، ولا تنافي بين ملك الانتفاع ومنع البيع، كأعضاء الإنسان له منفعتها دون المعاوضة على أعيانها، وجوّز (ح) ابدال الجلد بما ينتفع بهِ في البيت بعد بقاء عينه دون ما يستهلك[2]، لأن البدل يقوم مقام المبدل، فإن عاوض على شيء منها: قال اللخمي: قال ابن القاسم: يتصدق به، وقال سحنون: يجعل ذلك في ثمن طعام يأكله، وثمن الجلد في مَاعون أو طعام تنزيلاً للبدل منزلة المبدل، وقال اصبغ: يصنع به ما شاء، لأن هذه العين لم تتعلق بها قربة.

(فرع)[3]

قال ابو الطاهر: المشهور: منع إجارة جلدها لأنها معاوضة في قربة، وأجازه سحنون، لأنه تصرف في المنفعة بعد بقاء الأصل كالاستعمال.

فرع

قال التونسي: إن وَهَب جلدها او لحمها منع، في كتاب محمد: الموهوب له من البيع، لتنزيله منزلة الواهب، وقيل: لَه البيعُ، لأنه ليس بمتقرب، وانما يمنع المتقرب لِيلاَّ يجتمع له العوض الذي هو الثمن، والمعوض الذي هو منفعة القربة من الثواب[4] ولذلك منع بيع سائر العبادات.

---

(1) د: وان.
(2) د: استهلك.
(3) هذا الفرع كله سقط من ي.
(4) د: الثمن وهو تحريف.

فرع

قال صاحب البيان: الضأن يوم التروية يوم النحر فيُنحر، قال ابن القاسم: لا يبيع لحمها[1] كَمَن ذبح[2] قبل الامام، قال: وليس هما سواء، لأن الثانية تجزئه عند جماعة، والأولى ليس منعها[3] بالبيّن، لأنها ليست بقربة، واذا باعت امرأته جلد أضحية أو لحمها تصدق بالثمن إلا أن ينفقوه، فلا شيء عليه إذا لم يرخص لهم فيه، أما اذا أرخص تصدق بالثمن أو بدله إن أنفق، وكذلك إن انفقوه فيما يلزمه.

الحكم الثاني: اختلاطها بعد الذبح، قال اللخمي: قال يحيى بن عمر: يُجزيء ويتصدقون بها ولا يأكلونها، وقال محمد: إذا اختلطت رؤسها عند الشواء، كره اكلها لعلك تأكل متاع من لم يأكل متاعك، ولو اختلطت برؤس الشواء لكان خفيفا، لأنه ضامن ضمان لحم الأضاحي، وقيل: ليس له طلب القيمة، فعلى قول محمد: تؤكل الشاة، لأنه انما كره لاحتمال كون الآخر لم يأكل، قال: وهذا استحسان، وعدم أكله لا يمنع، لأنه كلُقطَة طعام لا يتعين، وفي الشواء[4] أشد كراهَة لأنه معروف ويمكن الرد عليه.

الحكم الثالث: ما يصنع بها بعد الذبح، قال ابن يونس: قال مالك: ليس للتصدق والأكل حد معلوم، لقوله تعالى: ﴿فَكُلُوا مِنهَا وَأَطْعِمُوا القَانِعَ والمُعْتَرَّ﴾ (الحج: 36) ولم يحدد، والقانع: الفقير، والمعترّ: الزائد، وقال (ح) وابن حنبل: يأكل الثلث ويتصدق بالثلث،

(1) (لحمها) سقطت من ي، وفي الكلام قبلها غموض فليتأمل.

(2) د نحر.

(3) ي بيعها. ولعله تصحيف.

(4) ي: الشراء، وهو تحريف.

ويدخر الثلث، لما في مسلم[1] قال عليه السلام: (انما كنتُ نهيتكم لأجل الدافة، فكلوا وتصدقوا وادخروا)، وفي الجلاب: يأكل الأقل ويطعم الأكثر، ولو قيل: يأكل الثلث ويقسم[2] الثلثين كان حسنا، قال ابن يونس: ويجوز عدم الأكل لأنه الأصل في القُرَب، وقال ابن حبيب: ينبغي الأكل والإطعام كما ورد في الآية، وأوجب (ش) وابن حنبل أكل شيء مّا، لِظاهر الأمر، وهو، عندنا - محمول على الإذن لقرينة القربة، وقال محمد: الصدقة بها كلها أفضل، لما في مسلم[3]: امر عليه السلام ثوبان ان يصنع له أضحيته زاداً الى المدينة، قال ابن حبيب: يستحب أن يكون اول اكله يوم النحر من الأضحية، وقال ابن شهاب: من كبدها[4] لقول علي رضي الله عنه في خطبته: إن اميركم قد رضي في سنته بقطعة كبد من أضحيته، وكره مالك إطعام الكافر منها وان كان جاراً أو مرضعة، لأنه ليس من اهل القرب، وقال ابن القاسم: الا ان يكون من العيال، وكان مالك قبل ذلك يخففه، وفي الحديث[5]: (لا تطعموا المُشركين من لحوم ضحاياكم).

الحكم الرابع: موته بعد ذبحها. قال التونسي: لا تباع في دَينه

(1) في الأضاحي، باب بيان ما كان من النهي عن أكل لحوم الأضاحي، ورواه كذلك البخاري ومالك في الموطأ عن عائشة، وهو بعض حديث، والمراد بالدافة: من يرد عليه من الأعراب الفقراء للمواساة، وقد تحرفت اللفظة ففي الأصل: الرأفة، وفي د: الدابة.

(2) د ويطعم.

(3) في كتاب الاضاحي، باب بيان ما كان من النهي عن اكل لحوم الأضاحي بعد ثلاث في الإسلام، وبيان نسخه، واباحته الى متى شاء، عن ثوبان، ورواه احمد في المسند وغيرهما.

(4) (من كبدها) سقطت من ي.

(5) رواه ابن عدي في (الكامل 1818/5) والبيهقي في (شعب الإيمان) في حديث طويل عن عبد الله بن عمرو بن العاص. وفي سنده: سويد بن سعيد، عن عطاء الخراساني عن أبيه، والثلاثة ضعفاء.

ويأكلها الورثة عند ابن القاسم من غير قسمة، لأنها وجبت قربة[1] بالذبح فصارت كالحبُس، وللزوجة وجميع الورثة فيها حق. لأن الميت كذلك قصد، ويستوي الذكر والأنثى اذا استوى الأكل، وقال اشهب: تقسم على المواريث، ولا يقضى منها ديْن، ويرد عليه: أن الميراث لا يقدم على الديْن، قال ابن القاسم: وللغريم بيعُها عليه قبل الذبح بخلاف بعده، قال: وهو مشكل، لأنه متعد بالذبح فأشبه العتق.

فرع

قال مالك[2]: الذبيح اسحق، وقال ابن حبيب واهل العراق واكثر العلماء: اسماعيل لقوله[3] عليه السلام: (انا ابن الذبيحين) يعني عليه السلام اباه اسماعيل، وأباه عبد الله، لأن جده عبد المطلب نذر اذا بلغ ولده عشرة أن ينحر منهم واحدا، فلما اكملوا عشرة أتَى بهم البيت وضرب عليهم بالقداح ليذبح مَن خرج قدحه، وكتب اسم كل واحد على قدح، فخرج قدح عبد الله ففداه بعشرة من الإبل، ثم ضرب عليه وعلى الإبل فخرج قدحه، ففداه بعشرين الى ان تمت مائة فخرج القَدَح على

---

(1) (قربة) سقطت من ي.

(2) وردت العبارة هكذا بالاصل: قال مالك وأكثر العلماء على ان الذبيح اسحاق، وقال ابن حبيب وأهل العراق: اسماعيل...

(3) رواه بمعناه الحاكم في (المستدرك) في التاريخ: باب ذكر اسماعيل بن ابراهيم عليهما السلام) عن معاوية، ولم يحكم عليه بشيء، وتعقبه الذهبي فقال: اسناده واهٍ، ورواه الثعلبي وابن جرير في التفسير في سورة (الصافات) والأموي في مغازيه والخلعي في فوائده، وابن مردويه في التفسير بسند ضعيف، كما في (الدر المنثور للسيوطي 281/5).

الجزور فنحرها، وسن الدية مائة. ولأن الذبح[1] كان بمنى، واسحق كان بالشام، ولقوله تعالى: بعد قصة الذبيح: ﴿وبَشَّرناهُ بأسْحاقَ نبيّاً من الصَّالحينَ﴾ (الصافات 112) فدل على ان صاحب القصة غير المبشر به، ولقوله ﴿وَمِن وَرَاءِ اسْحَقَ يَعْقُوب﴾ (هود 71) قال ائمة اللغة: والوراء ولد الولد، ومن المحال أن يبشره بأنه يعقب ثم يأمره بذبحه فيعتقد الخليل عليه السلام الذبح، والجواب عن الأول: أن العم يسمى أباً، ويدل على هذا المجاز: ما روي أن ابراهيم عليه السلام لما بَشرته الملائكة باسحق عليه السلام نذر ذبحه اذا ولد، فلما بلغ معه السعي - اي العمل والقوة[2] - قيل له: أوف بنذرك. وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما: أن ابراهيم عليه السلام قال لاسحق عليه السلام: يا بني اذهب بنا نتقرب الى الله تعالى قربانا، فذهبا، فأخبره أنه هو القربان، والقصة طويلة في المقدمات[3] في الأضاحي، وعن الثاني: أنه قد قيل: كان الذبح بالمقدس، أو لأن الخليل كان يركب البراق الى الحجاز كما ورد، فلعله جَاءَ معه في يومه، وعن الثالث: أن المراد: وبشرناه بنبوة اسحق لصبره على المحنة، كما تقول: بشرتك بولدك قادماً اي بقدومه، لأن البشارة بالوجود، فالقصة واحدة ولم يخرج منها بعد، وعن الرابع: ان لفظ الولد[4] مشترك بين ولد الولد والجهة المضادة للأمام، فاللفظ يصلح للأمرين على حد السواء، فلا يدل على احدهما.

---

(1) ي: الذبح بمنى.

(2) د: والمعونة.

(3) ي: مقدمات ابن رشد.

(4) (م) الوراء.

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

كتاب العقيقة

قال ابو عبيدة: العقيقة: الشعر الذي يكون على رأس المولود، كأنَّ بقاءه عقوق في حق الجنين، وكذلك في الحديث:[1] (أميطوا عنه الأذى) فسميت الشاة عقيقة لأنها تذبح عند حلقه، وقال ابن حنبل: العقيقة: الذبح نفسه، لأنه قطع الأوداج وغيرها، ولذلك سمي قطع الرحم عقوقاً، فالذبيحة: عقيقة فعيلة بمعنى مفعولة أي مقطوعة، كرهينة بمعنى مرهونة، والعقيقة في الاسلام للمولود، قال مالك: كما يعملُه اهل الكتاب لدخول صبيانهم في أديانهم كماء المعمودية وغيرها[2]، قال ابن يونس: وهي سنة ليست بواجبة، وقاله (ش) وابن حنبل، وقال (ح): بدعة، وفي النسائي[3]: قال عليه السلام: (كل غلام رهين بعقيقته، تذبح عنه يوم سابعه، ويحلق رأسه ويسمى) وقال[4] عليه السلام: (من ولد له مولود

---

(1) البخاري في العقيقة. باب إماطة الأذى عن الصبي في العقيقة. عن سلمان بن عامر الضبي، وهو بعض الحديث.

(2) ي: وغيره.

(3) في العقيقة. باب متى يعق. عن سمرة، ورواه ابو داود في الأضاحي، باب العقيقة، والترمذي، وهو صحيح.

(4) رواه مالك في (الموطأ) في العقيقة، عن زيد بن اسلم عن رجل من بني ضمرة عن ابيه، وسنده ضعيف، لكن له شاهد من حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده يحسن

فأحب أن ينسك عنه فليفعل) فالأول يدل على الطلب، وتعليقها على الاختيار في الثاني يدل على عدم الوجوب فيتعين الندب.

ومن ولد له ولدان في بطن واحد فشاتان، ولا يشترك فيهمّا كالأضحية، والذكر والانثى سواء شاة، وقال (ش) و(ح): للغلام شاتان لما في ابي داود:[1] قال عليه السلام: (عن الغلام شَاتانِ مكافئتان، وعن الجارية شاة) ولأن النعمة في الغلام أتم فيكون الشكر أعلا، والجواب عن الأول: المعارضة بما في أبي داود: انه عليه[2] السلام عق عَنِ الحسن كبشاً وعن الحسين كبشاً، قال: وهو صحيح، وعن الثاني: أنها قربة فيستويان فيها كالأضحية، قال مالك: وهي جنسها جنس الأضاحي: الغنم والبقر والإبل، وقال محمد: لا يعق الا بجذَع الضأن وثني المعز، لأنه السنة، قال ابن حبيب: وهي كالأضحية في سلامتها من العيوب وسنها،[3] ومنع بيع شيء منها، وتكسر عظام العقيقة خلافاً لابن حنبل، مخالفةً للجاهلية، فإنهم كانوا يفصلونها من المَفاصل تفاؤلا بسلامة المولود من الكسر، والاستعاذة بما لم يجعله الشرع عوذة ممنوع، ولذلك نهى الشرع[4] عن شدّ الأوتار على الخيل والركاب. قال مالك: أراه من العين، قال عبد الوهاب: الكسر مباح ليس بمستحب، قال مالك: وليس على الناس حلق رأس المولود والتصدق بوَزْن شعره ورقا أو ذهبا، ويجوز فعلُه، واستحسنه (ش) وفي الجواهر: كرهه مالك مرة وأجازه اخرى، وفي الترمذي:[5] عق عليه السلام بشاة عن الحسن، وقال: (يَا فاطمة،

(1) في الأضاحي، باب العقيقة، عن ام كرز، والترمذي في الاضاحي والنسائي في العقيقة. وهو صحيح.

(2) ابو داود في الأضاحي، باب في العقيقة، والنسائي، عن ابي عباس، وهو صحيح.

(3) (وسنها) سقطت من الاصل.

(4) ي: النبي (ﷺ)، والحديث بذلك في (الموطأ) كتاب الجامع، باب ما جاء في نزع المعاليق الخ وهو في البخاري في الجهاد. ومسلم في اللباس والزينة.

(5) في الاضاحي، باب ما جاء في العقيقة بشاة. عن علي بن ابي طالب، وفيه انقطاع، =

احلقي رأسه وتصدقي بزنة شَعَره فضة، قال: فوزناه فكان وزنه درهماً أو بعض الدرهم).

ويستحب أن يلطخ رأس المولود بزعفران عوضاً من الدم الذي كانت الجاهلية تفعله على رأسه من العقيقة، وفي ابي داود:[1] (كنا في الجاهلية اذا ولد لأحدنا غلام ذبح شاة ولطّخ رأسه بدمها. فلما جاء الإسلام كنا نذبح شاة ونحلق رأسه ونلطخه بزعفران) وقاله (ش)[2] وابن حنبل، قال مالك: ولا يسمى الا في اليوم السابع للحديث المتقدم، ومن فاته أن يعُق عنه في الأسبوع الأول فلا يعق بعده، وقيل: يعق في الأسبوع الثاني، فإن فاته ففي الثالث، وقاله ابن حنبل، فإن فاته ففي الرابع، وهو مروي عن مالك، واهل العراق يعقون عن الكبير، ففي ابي داود[3] انه عليه السلام عق عن نفسه بعد النبوة، ولِظاهرِ قولِهِ[4] عليه السلام: (كل غلام رهين بعقيقته)، الحديث المتقدم، وظاهره، أنه لا يزال مرتهنا حتى يعق عنه. وهو معارض بالقياس على فوات زمان الأضحية، (وفي الجواهر: روى ابن وهب ان الأسابيع الثلاثة كالأيام الثلاثة للأضحية)[5]. يعق فيها ولا تتعدى، وفي مختصر الوقار: إن فات الأول

ولمعناه شواهد يحسن بها.

(1) في الاضاحي، باب في العقيقة، وسنده حسن.

(2) (ش) سقطت من د.

(3) لم اجده عند ابي داود وانما رواه البيهقي في (السن الكبرى) في كتاب (العقيقة) عن انس، وابو الشيخ وغيرهما، وهو ضعيف منكر، انظر (نيل الاوطار) للشوكاني في العقيقة، لكن رواه عبد الرزاق في (المصنف) والخلال في الفوائد بسند صحيح كما قال ابن القيم في (تحفة المودود، باحكام المولود) ص 77.

(4) ابو داود في الاضاحي، باب في العقيقة، والترمذي والنسائي، عن سمرة بن جندب، وهو صحيح.

(5) ما بين القوسين سقط من د.

ففي الثاني ولا يتعدى، قال ابن يونس: وقال ابن حنبل: يجوز تقديمها على السابع كتقديم الكفارة على الحنث، والزكاة على الحول، وجوابه: ان اليمين والنصاب سببان، والحنث والحول شرطان، وتقديم الحكم على شرطه اذا تقدم سببه يجوز. والسابع هاهنا سبب كيوم النحر للأضحية، والتقديم عليه كالتقديم على اليمين وملك النصاب، ولم يقل به احد.

وفي الجواهر: تذبح ضحى كالضحايا، ورواه محمد، وقال ابن حبيب: لا تذبح سحراً ولا عشاء بل من الضحى الى الزوال، قال صاحب البيان: قال عبد الملك: تجزىء[1] بعد الفجر، قال: وهو الأظهر لعدم ارتباطها بالصلاة، فقياسها[2] على الهدايا أولى من الضحايا.

وفي وقت حساب السابع اربعة اقوال: سبعة ايام بلياليها يبتدأ من غروب الشمس ويلغى ما قبل ذلك من ليل أو نهار، وقاله عبد الملك، وقال ابن القاسم، ورواه في الكتاب: إن ولد بعد الفجر الغي ذلك اليوم أو قبله حسب، وكان مالك يقول: إن ولد قبل الزوال حسب أو بعده الغي، وقال ابن أبي سَلمة[3]: يحسب ولو كان قبل الغروب، ويكمل السابع الى مثل تلك الساعة، قال ابن يونس: قال مالك: ويعمل طعاما ويدعى اليه، قال اللخمي: قال مالك وابن القاسم: لا يعجبني جعلُها صنيعاً يدعو اليه. وفي الجواهر: الإطعام كالأضحية افضل من الدعوة، قال ابن يونس: من مات ولده قبل السابع فلا عقيقة عليه ولا تسمية لفوات السبب، قال ابن حبيب: يسمى، وكذلك السقط، وفي الحديث:[4] يقول السقط يوم القيامة: تركتني بلا اسم فلم يعرفه، قال اللخمي: من لا يعق عنه لا بأس ان يسمى

---

(1) د تذبح.

(2) ي: قياسا.

(3) د ابن مسلمة، ولعله الصواب.

(4) لم اجد هذا الحديث فيما بين يدي مصادر.

يوم يولد. وقد أتي عليه[1] السلام بعبد الله ابن أبي طلحة[2] يوم ولد فحنكه بتمرة وسماه عبد الله، قال ابن يونس: فان كان سابعه يوم الأضحى[3] قال مالك: يعق بها، قال ابن حبيب: الا ان يكون آخر ايام منى[4] فليضح، لأن الضحية اما واجبة وإما سنة على الخلاف، والعقيقة اما سنة أو مستحبّة أو بدعة على الخلاف.

فرع

قال صاحب القبس: قال شيخنا ابو بكر الفهري: اذا ذبح أضحيته للأضحية والعقيقة لا تجزئه، فلو طعمها[5] وليمة للعرس أجزأه، والفرق: أن المقصود في الأولين إراقة الدم، وإراقة لا تجزىء عن اراقتين، والمقصود من الوليمة الإطعام، وهو غير مناف للإراقة، فأمكن الجمع.

فصل

قال ابن يونس: الختان سنة مؤكدة في الذكور والإناث، وقال (ش): فرض، لنا: القياس على قص الظفر وسائر تحسينات البدن، ويدل على

(1) حديث عبد الله بن ابي طلحة رواه البخاري في كتاب العقيقة. باب تسمية المولود غداة يولد وتحنيكه، عن انس بن مالك، اما حديث تحنيك عبد الله بن الزبير وتسميته فقد رواه البخاري ايضا في كتاب مناقب الأنصار، باب هجرة النبي (ﷺ) واصحابه الى المدينة، عن عائشة. وهشام بن عروة، ورواه مسلم في الأدب باب استحباب تحنيك المولود عند ولادته.

(2) (م) ابن الزبير. والصواب: ابن ابي طلحة. او ابن الزبير فكلاهما حنكه النبي (ﷺ).

(3) هنا بهامش الاصل ما نصه: لعله: وليس عنده شاة.

(4) د النحر.

(5) د او طعمها.

طلبه قوله[1] عليه السلام: (عشر من الفطرة) فذكر: الختان، والفطرة هي السنة، وأول من اختتن الخليل عليه السلام من مائة وعشرين سنة، وعاش بعدها عشرين سنة، واختتن اسماعيل عليه السلام ابن ثلاث عشرة سنة، واختتن اسحق عليه السلام ابنَ سبعة أيام، وكرهه مالك يوم الولادة ويوم السابع لأنه من فعل اليهود، قال: وحد الختان الأمر بالصلاة من سبع سنين الى عشر، قال ابن حبيب: الختان سنة للرجال ومكرمة للنساء. وأصله في النساء: أن هَاجَر كانت أمة لسارة رضي الله عنها، فوهبتها للخليل عليه السلام، ثم غارت منها فحلفت لتقطعن منها ثلاثة اشراق،[2] فأمرها ان تثقب أذنيْها وتخفضها، وقال[3] عليه السلام لأم عطية ـ وكانت تخفض النساء: (يا أم عطية: أشمي ولا تنهكي فإن ذلك اسر للوجه واحظي عند الزوج) يعني: لا تبالغي في القطع فإنه أحسن للوجه وللجماع، والشأنُ عدم الطعام في ذلك والستر، وأما ختن الرجل[4] فكانوا يدعون اليه، وأمر عليه السلام بالدعاء اليه فقال:[5] (لا وليمة الا في خرس أو عرس او إعذار) فالعُرس: البناء بالزوجة، والخرس: نفاسها،

---

(1) رواه مسلم في الطهارة، باب خصال الفطرة، عن عائشة.

(2) د اشراف.

(3) رواه ابو داود في الادب، باب ما جاء في الختان، عن ام عطية. وهو ضعيف، ولفظه: لا تنهكي فان ذلك احظى للمرأة واحب للبعل، ورواية الكتاب عند رزين العبدري بدون سند.

(4) د الذكر.

(5) حديث لا وليمة الا في خرس الخ لم اجده، وفي نهاية ابن الأثير: قال: ومنه حديث حسان: كان (ﷺ) اذا دعي الى طعام قال: أفي عُرس أم خُرس أم إعذار، فان كان في واحد من ذلك اجاب والالم يجب اهـ هكذا ذكره بدون سند، وفي مسند احمد عن الحسن البصري قال: دعي عثمان بن ابي العاص الى ختان فأبى ان يجيب فقيل له، فقال: انا كنا لا نأتي الختان على عهد رسول الله (ﷺ) ولا ندعى له. وفي سنده محمد بن اسحاق وهو مدلس وقد عنعنه، ورواه الطبراني في الكبير.

والإعذار: الختان، كما أن العتيرة طعام يبعث به لأهل الميت، والنقيعة: طعام يعمل ليصلح بين الناس والقدوم من السفر، والوكيرة: ما عمل لبناء الدار ونحوها، وكان ابن عمر رضي الله عنهما يدعو اليه.

كتاب الصيد

قال اللخمي: وهو خمسة أقسام: مباح للمعاش حالةَ الإختيار، ومندوب لسد الخلة والتوسعة على العيال، وواجب لإحياء النفس عند الضرورة: نفس الصائد أو غيره، ومكروه للهو عند مالك، مباح عند ابن عبد الحكَم، ومحرم بغير نية الذكاة عَبثا[1] لنهيه[2] عليه السلام عن تعذيب الحيوان لغير مأكلة، أَوْمَا أَدَّي لترك الصلاة ونحوه.

ويتهذب فقه الباب بالنظر في: الصائد، والمصيد به، والصيد، وفعل الصائد. فهذه أربعة فصول.

الفصل الأول: في الصائد، وفي الجواهر: هو المسلم الذكر البالغ، والمشهور: أن المرأة والمميز كالبالغ، وكرهه أبو مصعب لما تقدم في الذبائح، وفي الكتاب: أقوال: ثالثها: الكراهة، ويمكن حمل المنع الذي في الكتاب عليه، وبالإباحة قال ابن حنبل، لأنه من اهل الذكاة. حجة المنع: قوله تعالى: ﴿وَلَيَبْلُوَنَّكُمُ اللَّهُ بِشَيْءٍ مِنَ الصَّيْدِ تَنَالُهُ أَيْدِيكُمْ وَرِمَاحُكُمْ﴾ (المائدة: 94) فظاهر الإضافة يقتضي الاختصاص،[3] ويرد عليه منع اختصاص الخطاب بالمسلمين، لأن أصل خطاب الله تعالى للعموم

---

(1) (عبثا) ساقطة من ي.

(2) تقدم تخريجه.

(3) د: التخصيص.

في الكفار وغيرهم، سلمناه، لكن هذه الآية، قد قيل: إنها تقتضي المنع لأنها خطاب مع المحرمين وهو محرم عليهم، سلمنا عدم ذلك، لكن قوله تعالى: ﴿قُلْ أُحِلَّ لَكُم الطَّيِّبَاتُ وَمَا عَلَّمتُمْ مِنَ الجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ﴾ (المائدة: 4) عام في الخلق، ولا يؤكل صيد المجوسي، والمراد في ذلك مامات بالاصطياد، لقوله تعالى: ﴿وطَعَامُ الذِينَ أُوتُوا الكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ﴾ (المائدة: 5) مفهومُه: تحريم طعام مَن لا كتاب له، وهم المجوس، وفي الكتاب: اذا أرسل مسلم ومجوسي كلبا لمسلم لم يؤكل الصيد، أو مسلم كلبَ مجوسي أكل، لأن المعتبر الصائد دون الآلة، قال ابن يونس: واذا رمى مسلم ومجوسي سهميهما لم يؤكل، إلا ان يوقن انفاذ سهم المسلم مقاتلَه دون سهم المجوسي، وقاله (ش). وقال ابن حبيب: إن انفذ سهم المسلم المقتل ووقع سهم المجوسي في أطرافه قسم بينهما، قال عبد الوهاب: فإن قال المجوسي: أنا لا آكل ذبيحة المسلم بيع وقسم ثمنه[1] الا ان يكون بموضع لا ثمن له فختص به المسلم نفياً للضرر عنه، والإسلام يعلو ولا يعلى عليه. قال محمد: ولا يؤكل صيد السكران ولا المجنون لعدم النية، ولا ذبيحة الأعجمي الذي[2] لا يعقل الصلاة كالمجوسي، وفي الكتاب: لا يؤكل صيد المرتد، لأنه لا يقر على دينه، فهو أسوأ حالا من المجوسي.

الفصل الثاني. في المصيد به، وهو كل حيوان معلَّم، وقاله (ش) و(ح) لقوله[4] عليه السلام: (اذا أرسلتَ كلبكَ[5] المعلَّم وذكرتَ اسم

---

(1) د: فسهم سهمه.

(2) ي الذمي لا يعقل.. وهو تصحيف.

(3) البخاري في الوضوء. باب اذا شرب الكلب في اناء احدكم فليغسله سبعا، وفي البيوع، باب تفسير المشبهات، وفي الذبائح والصيد في فاتحته وابواب اخرى، ومسلم في الصيد، باب الصيد بالكلاب المعلمة، عن عدي بن حاتم، ولرواية الكتاب تتمة، وهي: فإن خالطها كلب من غيرها فلا تاكل.

(4) كذا وهذه الرواية بالجمع: كلابك المعلمة.

الله عليها فكُل مما أمسكن عليك، وان قتلن، وان أكلن فلا تأكل فإني اخاف أن يكون أمسك على نفسه) في الصحيحين، فاشترط التعليم ليكون كالآلة للصائد ليلا يمسك على نفسه فيصير ميتة، أو سلاح محدود[1] رفقاً بالحيوان، لما في مسلم[2] أنه سأله عليه السلام عدي بن حاتم عن المعراض فقال: (إن أصابه بحده فكُل، وإن أصابه بعرضه فلا تأكل فإنه وقيذ) وقال[3] لأبي ثعلبة: (ما أصبت بقوسك فاذكر اسم الله وكُل)، وفي الكتاب: المعلم من الحيوان هو الذي اذا زُجر انزجر، واذا أرسل أطاع، والسلالقة وغيرها سواء. قال ابو الطاهر: في صفة التعليم أربعة أقوال: ما في الكتاب، والثاني: إذا دعي أجاب من الكلاب، ولا يشترط في الطير الانزجار، الثالث: التسوية[4] لابن القاسم وغيره في اشتراط الثلاثة الأوصاف، الرابع: الانزجار ليس شرطا لقوله في الكتاب: اذا أدرك الصيد يَنهش[5] وفات قبل ذكاته أكل، قال: هذه حكاية اللخمي، وهو ليس بخلاف، وانما يقال: كل ما يمكن من التعليم فهو مشترط، والمقصود: انتقال الجارح عن طبعه حتى يصير للصائد كالآلة المستعملة، قال صاحب الاكمال: مذهب مالك وأحد قولي (ش): اذا أكل الكلب من الصيد يؤكل، ومذهب (ح) وابن حنبل وأحد القولين عندنا: لا يؤكل بخلاف البازي عندنا وعندهم للحديث السابق، ولقوله تعالى: ﴿مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ﴾ (المائدة: 4) وهو انما أمسك على نفسه، والجواب

---

(1) د محدد.

(2) هو رواية من روايات حديث عدي بن حاتم المخرج آنفا.

(3) هو بعض حديث له روايات. اخرجه البخاري في الصيد. باب صيد القوس. وباب آنية المجوس والميتة، ومسلم في الصيد. باب تحريم اكل كل ذي ناب من السباع وكل ذي مخلب من الطير، وعن ابي ثعلبة الخشني.

(4) د لسويه ابن القاسم.

(5) د فيهس. ولعل الصواب: يتنفس ومَات...

عن الأول قوله عليه السلام في ابي داود:[1] (إن أكل فكل) فيجمع بينهما بِجَعل النهي على الكراهة، وعن الثاني: أن الآية انما اشارت الى منع الأكل بغير ارسال، قال المازري: قد أنكر على الفقهاء إطلاقهم الاشلاء[2] على الإرسال، وانما هو الدعاء، ولعل الفقهاء استعملوه مَجازاً لأن الدعاء قبل الإرسال وسببه، فيكون من مجاز إطلاق التسبب على السبب، ولا يكون الحيوان معلّما بمطاوعته[3] مرة، ولا غير معلّم بمعصيته مرة، بل ذلك راجع الى شهادة العادة دون تحديد عند مالك، وحدد (ح) بترك الكلب للأكلَ ثلاث مرات، لأنه مروي عن ابن عباس رضي الله عنهما، ولأن الثلاثة معتبرة في موارد عدة من الشريعة في الخيار والهجران والإحراد، وجوابه: أن هذا قد لا يوجب الوثوق بتعليم الحيوان، واستثنى ابن حنبل الكلب الأسود، وخصص ابن عمر رضي الله عنهما الحيوان المصيد به بالكلاب، لقوله تعالى: ﴿مُكَلِّبِينَ﴾ ورآه مأخوذاً من الكلب، وجوابه: أنه مأخوذ من الكلَب بتحريك اللام الذي هو الحرص، لأن المعلّم يزداد حرصه بالزجر، وقيل: التكليب: التسليط، وقيل: التعليم، سلمنا انه من الكَلب، لكن السباع كِلاب، لقوله[4] عليه السلام في عتبة بن أبي لَهَب: (اللهم سلط عليه كلبا من كلابك) فافترسه الأسد، قال ابن يونس: الفَهدُ وجميع السباع اذا علمت كالكلب الا النمس لأنه لا يفقه التعليم. (قال اللخمي: الصيد ذكاته بتسعة شروط، ثلاثة في الجارح: التعليم)[5]

---

(1) هي رواية من رواية حديث ابي ثعلبة الخشني المخرج آنفا.

(2) كذا في النسختين.

(3) د بطاعته.

(4) رواه البيهقي في (دلائل النبوة 338/2) بسندين هالكين، عن عروة بن الزبير، واورده السيوطي في (الخصائص الكبرى 366/1) من رواية البيهقي وابي نعيم وغيرهما وسكت عنه على عادته.

(5) ما بين القوسين سقط من د.

والإرسال، وعدم الرجوع، وثلاثة في المصيد: العجز عنه، ورؤية الجوارح له احترازاً من الغيضة[1] أو يموت من الجزع لا من الصدم، وثلاثة في المرسِل: صحة ذكاته، واسلامه، وعدم رجوعه عن الطلب.

فائدة: الجوارحُ جمع جَارحة، وقيل: مأخوذ من الجُرح بضم الجيم، وقيل: من الجَرحِ بفتحها، وهو الكسب، لقوله تعالى: ﴿وَيَعْلَمُ مَا جَرَحْتُمْ بِالنَّهَارِ﴾ (الأنعام: 60)

تمهيد: المطلوب في الحيوان: القصد الى استخراج الدم الحرام من اللحم الحلال بأسهل الطرق عليه إن امكن بآلة تصلح لذلك، وهذا كله متيسر في الإنسي، ويتعذر في الوحشي استخراج الدم وسهولة الطريق، وبقي القصد والآلة، ونزل السهم منزلة المدية لضرورة النفار[2] والتوحش، فهو في المرتبة الثانية، ويليه في المرتبة الثالثة، الجارح، لأن له اختيارا يبْعد به عن كونه آلة، لكن عدم العقل فيه مخل باختياره فسقط اعتباره، ولذلك لا يصحّ[3] ان يكون المجوسي آلة لِعقله وكمال اختياره، وفي الكتاب: اذا شارك المعلَّم غير المعلم أو كلب غير مرسل، لا يؤكل الا ان تعلم ذكاة المعلَّم أو المرسَل دون غيره لعدم تيقن السبب المبيح، فإن أرسل جماعة كلابا وتوافقت جميعا أكل وهو لهم، وان اختص كلب احدهم بقتله اختص به، قال محمد: ولو أرسل كلباً بعد كلب فقتلاه أو أحدهما أكل، قال اصبغ: ما لم يكن ارسال الثاني بعد أخذ الأول له فقتله الثاني، أو شاركه، لأنه صَار مقدورا عليه، قال اللخمي: قال ابن شعبان: لو كان لواحد جَارحٌ وللآخر اثنان اقتسما الصيد نِصفيْن، أو جَارح واحد ملكهما فيه مختلف الأجزاء فكذلك، والمعروف من المذهب لمالك وأصحابه: أنه على قدر الأجزاء، فكذلك العبد والبازي في ذلك سواء، وأنكر المازري

(1) كذا.

(2) د: الفرار.

(3) د: يصلح.

على اللخمي أن اصل المذهب القسمة على عدد الكلاب، بل قال: المذهب: إلغاء تفاوت العدد والأجزاء.

نظائر: قال العبدي: ستة مسائل تختص بالروس دون الأنصباء: الصيد لا تعتبر فيه كثرة الكلاب، وأجْرة القاسم، وكنس المراحض، وحراسة اعدال المتاع وبيوت الغلات، وأجْرة السقي على المشهور، وحراسة الدابة، وأربعة مسائل تعتبر فيها الأنصباء: الشفعة، وزكاة الفطر عن العبد المشترك، والتقويم في العتق، وكنس السواقي[1].

فرع

قال المازري: فلو غصب كَلباً أو بازيا فصاد بها فقيل: الصيد للغاصب، لأن الكلب لو انفرد به لكان ميتة، فالمعتبر انما هو الصائد لقصده وتسميته فيَكون له، وقيل: لصاحب الجارح لأنه المباشر للممسك بقَصده وقُوته، والصائد متسبب، فيقدم المباشر على المتسبب كما في القصاص، وهو لا يقبل الملك فيكون لربه، ولو غصب سلاحاً فللغاصب، لأن السلاح لا قصد له، وفي الكتاب: المصيد بحجر أو بندق لا يؤكل ولو بلغ مقاتله، لأنه رض، وكذلك المعراض اذا أصاب بعَرضه. وقاله (ح) و(ش)، وكل ما جرّح بحده أكل. كان عوداً أو عصا أو رمحا، والمعراض: خشبة في رأسها زج، قال صاحب الإكمال: وقيل: سهم طويل له اربع قذذ[2] رقاق اذا رمي به اعترض، وقال الخليل: هو سهم دون ريش، وقيل: عود رقيق الطرفين غليظ الوسط، والخذف لا يباح الرمي به، لأن مصيده وقيذ كالبندقية، وعند الجمهور: لا يؤكل ما اصاب

(1) د: المراحض.

(2) كذا ي وفي د مسدد.

المعراض بعَرضه خلافا لأهل الشام، ولا مصيد البندقية خلافا لـ (ش) وجماعة، فظاهر كلامه: تحريم الرمي بالبندق ابتداء وان ذكي مرميه، وبه قال (ش) خلافا لابن حنبل، ولا ينبغي خلاف في اباحة الرمي به السباع الصوائل والعدو المحارب، وفي الكتاب: ما قتلت الحِبالة ـ وهي الشَّرَك ـ لا يؤكل الا ما ذكي، ولو كانت فيه حديدة أنفذت مقاتله لعدم التسمية عند القتل، وقاله (ش) خلافاً لابن حنبل، قال اللخمي: ولا يؤكل مصيد السهم المسموم لأن موته قد يكون بالسم دون السهم، ولأن اكله قد يهلك.

فرع

قال صاحب البيان: موضع ناب الكلب يؤكل عندنا لأنه طاهر، وقال (ش) في أحد قوليه وابن حنبل: يغسل سبعاً لنجاسته ويقطع موْضع[1] اللعاب.

فرع

قال اللخمي: قال مالك: من عمل الناس: اتخاذ أبرجة الحمام وان عمرت من حمام الناس، قال: وهذا اذا لم يحدث الثاني بقرب الأول، لأنه ضرر، قال: واذا دخل حمامُ برجٍ على آخر فثلاثة اقوال: إن عرف وقدر على رده رد، وان عرف ولم يقدر على رده: قال ابن القاسم: هو للثاني، قال ابن حبيب: بل ترد فراخه، وان لم يعرف أو عرف ولم يعرف عينه فللثاني، لأن الأول انما ملكه بسبب الحيازة، وقد ذهبت، لا أنه ملكٌ محقق، فان أوى الى دار رجل ولم يعلم صاحبه، وعلم انه بريء فله ملكه،

---

(١) د او يقطع الموضع الذي اللعاب فيه.

وان عرف بوجهٍ رده على قول مالك، وان كان من حمام البيوت رده ولم يتعرض لِحبسه فهو لقطة، وهو بالخيار بين بيعه للصدقة بثمنه وبين حبسه والصدقة بثمنه، فإن حبسه ولم يتصدق بشيء فواسع ليسارته، والأجباح[1] يَجري نصبها على ما تقدم في الأبراج فلا تنصب في القرب، فإن فعل وليس ثم الانَحل مربوب فهو فيما دَخل اليه اسوة، فإن كان ثَم نحل كثر غير مربوب فيما دخل اليه فلينصب، وما دخل اليه فهو له، فإن دخل فرخ جبَح آخر: قال سحنون: هو لمن دخل اليه كالحَمام اذا لم يقدر على رده، وقال ابن حبيب: يرده ان عرف موضعه، وان لم يقدر رد فراخه، ويلزمه ان يقول برد ذلك العسل، وانتقال الملك في النحل أقوى من الحمام، لأنه يصاد والنحل لا يصاد، بل يأوي بنفسه، وفي الكتاب: من صاد حمام برج رده إن قدر والا فلا، ومن وضع جبحا فله ما دخل من النحل، قال ابن يونس: قال التونسي: اذا تزوجت جماعة من البيوت مع ذَكَر له ردها له مع نصف الفراخ، فإن الأب والأم يشتركان في الفرخ، وقال مطرف: لا يتخذ النحل والحمام حيثُ يؤذيان في الثمار والزروع، وجوزه أصبغ.

فرع

في الكتاب: من قتل كلب صيدٍ أو زرع أو ضرع فعليه قيمتُه، أو من كلاب الدور فلا شيء عليه، لأنها تقتل ولا تترك، ولا يجوز بيع كلب سلوقي ولا غيره لنهيه[2] عليه السلام عن ثمن الكلب، قال صاحب الإكمال: مذهب مالك واصحابه: قتل الكلاب الا ما استثني للصيد وما ذكر معه، وعندي أن الجمع بين الأحاديث: الاقتصار بالقتل على الأسود البهيم.

---

(1) د والاجار.

(2) رواه ابو داود في البيوع، باب في اثمان الكلاب، والنسائي في البيوع، باب بيع الكلب، عن ابن عباس، وهو حسن.

الفصل الثالث: في المصيد، وفي الجواهر: كل حيوان مأكول اللحم معجوز عنه في أصل خلقته احترازاً من النادّ من الأنعام، قاله في الكتاب خلافا للأئمة، مراعاة للأصل[1]، ولأن الذكاة بالعقر على خلاف الأصل ايضا، وحجتهم أن الموجب لزكاة العقر هو العجز، وهو موجود، فنحن نقضنا هذه العلة وهم طردوها، وأجاز ابن حبيب ذلك في البقر خاصة، لأن لها اصلا في التوحش، (وفي الكتاب: ما دجن من الوحش)[2] ثم توحش أكل بالعَقر لاجتماع الأصْل في العلّة، وفي مسلم:[3] أصبنا نهب ابل وغنم فندَّمنها بعير فَرماه رجل بسَهْم فحبسه، فقال عليه السلام: (إن لهذه الإبل أو ابد كأوابد الوحش، فاذا غَلَبكم منها شيء فاصنعُوا به هكذا) وجوابه: ليس فيه ان السهم قتله بل حبسه، ونحن نقول به. ويستدل بهذا الحديث على تذكية المتردي في مهواةٍ من الأنعام.

فائدة. أبدت الديار والحيوانات تأبدا إذا توحشت، وأتى بآبدةٍ أي بكلمة متوحشة، وفي الجواهر: الحية وغيرها من المعجوز عنه تؤكل بالعقر كالصيد، فإن قدر عليها فكالأنعام.

تنبيه. الحية مَتى أكلت بالعقر قتل[4] أكلها، بل لاّ يمكن أكلها الا بذكاة مخصوصة تقدمت في الأطعمة.

الفصل[5] الرابع: في فِعل الصائد. والصيد ابتداء: إرسال الجَارحِ أو

---

(1) د: اصله.

(2) ما بين القوسين سقط من (م).

(3) هو بعض حديث رواه البخاري في الشركة. باب قسمة الغنم، وغيره من الابواب، وفي الجهاد، وفي الذبائح والصيد، ومسلم في الاضاحي، باب جواز الذبح بكل ما انهر الدم، عن رافع بن خديج.

(4) (م) قتلت اكلها.

(5) ي: النظر الرابع.

السلاح المحدد ناوياً بذلك الصيد والذكاة مسمياً لله تعالى، وقاله الأئمة، واشترط (ش) رؤية المنوي، وفي الكتاب: لا بد من التسمية لقوله[1] عليه السلام: (اذا أرسلت كلبك المعلَّم وذكرتَ اسمَ الله فكُل) فإن تَركَها عمداً لم تؤكل، وقاله (ح) وابن حنبل، خلافا لـ (ش) أو غير عمد أكل، قال ابو الطاهر: إن تركها ناسياً لا يضر قولا واحدا، ومتهاونا لم تؤكل، أو عامداً فقولان.

نظائر: أربع مسائل أسقط مالك فيها الوجوب مع النسيان: التسمية والموالاة في الطهارة، وازالة النجاسة، وترتيب الفوائت من الصلوات لضعف دليل الوجوب بسبب تعارض المدارك، فقوي الإسقاط بعذر النسيان.

وأما النية: فقال اللخمي: المصيد أربعة: حلال كالغزلان ونحوها من الوحش والطير غير ذي المخلب فلا يحل صيده الا بالنية او بتذكية لقوله[2] عليه السلام: (الأعمال بالنيات) وحرام، كالخنزير يجوز قتله بغير نية، لقوله[3] عليه السلام: (لينزلن فيكم عيسى بن مريم حَكَماً مقسطا فيكسر الصليب ويقتل الخنزير) إلا ان يضطر احد الى أكله فيستحب له تذكيته، ومكروه كسباع الوحش يخير بين نية الذكاة على الكراهة، أو نية القتل، وعلى القول بالتحريم فكالخنزير، ومختلف فيه. كالثعلب والضبع إن أراد الأكل نوى، وما كان ذا مِخلَب مؤذ كالغراب خير بين رميه بنية الذكاة أو القتل، واختلف في جواز قتله من غير ان يؤذي.

---

(1) هو بعض حديث تقدم تخريجه عن البخاري وغيره.

(2) البخاري في بدء الوحي وفي الإيمان وغيره من الأبواب، ومسلم في الإمارة، عن عمر بن الخطاب.

(3) البخاري في البيوع وفي المظالم وفي الأنبياء، ومسلم في الإيمان، باب نزول عيسى بن مريم الخ وابو داود في الملاحم والترمذي في العتق، عن ابي هريرة.

تفريع

في الكتاب: اذا توارى الكلب والصيد ثم وجد ميتا فيه (أثر كلبه أو بازيه أو سهمه أكله، فإن بات لم يأكله، وان انفذت مقاتله، أو وجد فيه)[1] سهمه، لأنه قد ينقلب على السهم فينفذ مقاتله بغير فعل الصائد، قال اللخمي: اذا غاب الصيد من غير بيات فله اربع[2] حالآت: يؤكل في حالتين اذا عرفه وان لم يكن معه بازيه، ولا فيه سهمه، أو فيه سهمه ومعه بازيه أو كلبه، ولا يؤكل في حالين: إذا لم يعرفه ولا فيه سهم ولا معه جارح، وبقربه صيد يشككه فيه، قال ابو الطاهر: في إباحته اذا فات ثلاثة اقوال: أحدها: ما تقدم، لقول ابن عباس رضي الله عنهما: كُلْ ما أصميت ودع ما انميت. والإصماء ما حَضَر موتُه. والإنماء ما غاب عنه موته، وثانيهَا: الإباحة، وقاله (ح) عملا بالغالب، وثالثها: التفرقة بين السهم فيحل، لأن أثره لا يَختلط بغيره بخلاف الجَارحِ، وحكى اللخمي قولا بالكراهة، وفي الكتاب: ولو توارى فرجع فوجده ميتا من يومه لم يأكله، اذ لعله لو بقي ادرك ذكاته، وهو مفرط بالرجوع عنه، ومتى أدرك الصيد لم تنفذ مقاتله، وتركه حتى قتله الجارح لم يؤكل، لأنه صار مقدورا عليه، وقاله الأئمة، وكذلك لو اشتغل باخراج السكين أو انتظار عبده حتى قتله الجارحُ، وقاله (ش)، فإن أدركه منفوذ المقاتل يضطرب فحسنٌ أن يفري أوداجه ايحاء للموت. فإن تركه أكل لأنه منفوذ المقاتل، وان قدر على خلاصه من الجارح لم يؤكل الا بالذكاة، وان غلب أكل إلا ان يقدر على تذكيته في أفواهها، ولو ذكاه في أفواهها مع قدرته على خلاصه لم يؤكل اذا شك أذكاته قتلته أو نهشاً؟ فإن تيقن ذكاته أكل،

---

(1) ما بين القوسين ساقط من د.

(2) د فله اربعة احوال.

وان ادركه غير منفوذ المقاتل وليس معه ما يذكيه به حتى أنفذت مقاتله لم يؤكل، قال ابن يونس: قال أصبغ: رواية ابن القاسم في الصيد البائِت عنه خطأ عن بلاغ ضعيف، وقد قال مالك: اذا انفذ السهم مقاتله ثم تردى من جبل أكل، (قال ابن القاسم في العتيبة: اذا اشتغل باخراج المدْية من حزامه حتى مات اكل)[1] لانه غير مفرط بخلاف اخراجها من جرحه لأنه ليس موضعها.

فرع

قال: قال محمد: ولو مر به غير صاحبه فلم يخلصه من الجارح مع قدرته عليه[2] لم يؤكل وعليه قيمة مجروحا، قال اللخمي: يريد إذا كان معه[3] ما يذكيه، فإن لم يكن معه أكل، واختلف في تَغريمه القيمة، قال: وعدم الغرْم أحسن لا سيما اذا كان يجهل ان له ذكاته، ولو مر بشاة فخشي عليها الموت ولم يذكها لم يضمنها، لأنه يخاف عدم التصديق، قال ابو الطاهر في كتاب محمد: لا يغرم المَارُّ مطلقا، وخرج ابن محرز القولين على الخلاف في الترك هل هو فعل فيضمن أم لا؟ ويخرج على هذه القاعدة: من رأى انسانا يستهلك بنفسه او بماله وهو قادر على خلاصه ولم يفعل، والذي لا يؤدي الشهادة حتى يتلف الحق، أو يحبس الوثيقة عنده حتى يتلف الحق، والتارك للمواساة القادر[4] عليها حتى يهلك المحتاج، والمانع ما يُخَاط[5] به الجرح حتى يهلك، والمانع فضل الماء حتى يهلك الزرع، والمانع

---

(1) ما بين القوسين سقط من ي.

(2) د على ذلك.

(3) د عنده.

(4) د المقدور.

(5) د يخالط. وهو تحريف.

ما يقام به حائط حتى يقع، والمقطع لوثيقة فيضيع ما فيها، أو يقتل شهوده ولو أضعف من التقطيع لأنه مُتَعَدٍّ على سبب الشهادة، والأول متعد على نفسها.

فرع

في الكتاب قال: والمرسل كلبه على صيد فيأخذ غيره لا يؤكل لعدم النية، خلافا لـ (ش) وابن حنبل، أو على جماعة وينوي أي شيء اخذ منها، أو على جماعتين اكل لحصول النية، وكذلك الرمي، وان عين واحداً فأصاب غيره لم يؤكل، وقال الأئمة: يؤكل نظراً لأصل النية، وان رأى جماعة فنواها ونوى أن يجاوزها لغيرها فكذلك أيضا يؤكل[1] ما صيد منها أو من غيرها، قال ابن يونس: قال اشهب: لا يأكل ما صاده من غيرها، ولا ما أرسل عليه في غيضةٍ لا يعلم ما فيها اذا كان المكان لا يؤمن ان يدخل فيه صيد بعد الإرسال، وأجازه اصبغ لندور الزيادة على الحاصل عند الإرسال، وفي الجواهر: لا يبيح ابن القاسم الإرسال الا على الموضع المحصور، واشهب لا يجيزه الا على المرئي، كالذبيحة لا ينوي الا معيناً، وأصبغ يبيح المعين بالجهة، قال اللخمي: ولو نوى واحداً غير معين فأصاب اثنين أَكَلَ الأول فقط، لأن الثاني غير ذكي، فإن شك فيه لم يؤكلْ، وان نوى اثنين فاكثر اكل الجميع في السهم والجوارح عند مالك وابن القاسم، وخالف ابن المواز في الجوارح دون السهم، والفرق: أن السهم يقتل الجميع على الفور بخلاف الجوارح.

---

(١) د ايضا مل ما كان ما صيد.

فرع

في الكتاب: اذا أثار صيدا واشلى[1] كلبه وهو مطلق من غير ارسال من يده: اكل لوجود الإشلاء[2] ثم قال: لا يؤكل حتى يرسله من يده لتكون حركة الجارح من يده كالمدية، وبالأول اخذ ابن القاسم، وأما لو ابتدأ الكلب طلبه وأفلت من يده ثم أشلاه بعدُ لم يؤكل لقوة اضافته للجارح لا له، قال ابن يونس: أجاز اصبغ أكل ما يبتديء الكلب طلبه اذا أتبعه الانشلاء والتسمية، لأن الجارح لا بد من مشاركته للصائد يطبعه، قال محمد: واذا رأى جارحه يُحِد النظر وينقلب فأرسله على شيء لم يره الصائد أكل ما اخذه كالإرسال في الغياض، وقاله[3] وقال مالك: لا احب اكله، لأنه وإن ارسل على مظنون الوجود فلعل المسك غير المرئي أو لا للجارح إلا أن يتيقنه، ولو اضطرب الجارح فوقع الصيد في حفرة لا مخرج له منها، أو انكسرت رجله فتمادى عليه فقتله لم يؤكل.

فرع

في الكتاب: المرسل كلبه على صيد ثم يرجع ثم يعود: ان كان رجوعه مراوغة أكل، وإن كان إعراضا لجيفةٍ أو غيرها لم يؤكل لبطلان الإرسال، وهو شرط.

---

(1) كذا ي وفي د وانشلى. والكلمة مصحفة، ولعلها: وانشَلَّ. يقال: انشل الذئب في الغنم اذا اغار (اقرب الموارد).

(2) د الاشلى، ولعل الصواب: الإنشلاء.

(3) بياض بالنسختين.

فرع

في الكتاب: اذا قطع رأس صيد اكل إن نوى اصطياده والا فلا، وان قطع يده أو رجله أو ما يعيش بعده أكل بقيته دون المباين، لما[1] يروى أنه عليه السلام قدم المدينة فوجدهم يجزون[2] أسنمة الإبل واليات الغنم، فقال: (ما أبين من الحي فهو ميتة). فان كان يعود التحام ما قطع اكل جيعه، قال المازري: ووافقنا (ش) في أكل النصفين، ومنع (ح) إلا أن يكون ما يلي الرأس اقل، فانه من معنى التذكية، وأجاز (ش) أكل العضو المُبَان[3] مطلقا اذا مات الصيد من تلك الضربة، لأنه لم يُبَن عن حي إلا[4] اذا تعدد الضرب فقد ابين عن حي، والتذكية انما حصلت[5] بالثانية، قال صاحب البيان: لا خلاف انه لا يؤكل المُبَان اذا كان الفخذين ونحوهما، وانه يؤكل الجميع اذا قسمه نصفين، فإن أبان وركيه مع فخذيه ولم تبلغ الضربة الى الجوف: قال مالك: لا يؤكل المبان، وقال ابن حبيب كذلك إن ابين العجز مع ذلك، والصواب: أكل الجميع، وان بقي العجز، لأنه لا يعيش بعد الفخدين، فَلَوْ قطع خطمه لم يؤكل الخطم وان تعذر عليه الرعي، لأنه ليس بمقتل فقد يصب الماء في حلقه.

---

(1) ابو داود في الصيد، باب صيد قطع منه قطعة، والترمذي في الأطعمة، والدارمي في السنن (93/2) واحمد في (المسند 298/5) عن ابي واقد الليثي، وحسنه الترمذي، ورواه ابن ماجة والبزار والطبراني وابن عدي من طريق تميم الداري بسند ضعيف، ولكنه يقوى بما قبله.

(2) د يجبون، وهو الصواب، والمعنى: يقطعون.

(3) (م) المباين.

(4) في الاصل: عن حي اذا ما تعدد الضرب، والصواب ما اثبتنا من (م).

(5) ي: جعلت.

فرع

في الكتاب[1]: اذا شحت[2] الصيد فمات من الانبهار دون جَرحٍ يؤكل: وقاله (ش) و(ح) خلافا لابن حنبل واشهب، ومنشأ الخلاف: أن أصل الذكاة إخراج الدماء بجملتها اقتصر على الجرح في الوحش لِلضرورة[3] وان لم[4] توجد فهو ميتة، أو ينظر الى ظاهر قوله: ﴿مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ﴾ وهذا ممسك علينا.

فرع

قال ابن يونس: لو رمى صيداً في الهواء[5] فسقط في الماء او في جبل فتردى فمات لم يؤكل، إذْ لَعَلَّ سببَ موته الغرق أو التردي دون الرمي الا ان ينفذ مقاتله. وقاله (ش) و(ح).

فرع

قال ابن يونس: اذا رمى غزالا يظنه بقر وحش: فالصواب أنه يؤكل لأنه نوى الصيد، وقال أصبغ: لا يؤكل لأنه لم ينو خصوصه، ويلزم على هذا اذا نوى ذَكَاةَ كبش فظهر أنه نعجة[6].

---

(1) في (الكتاب) ساقطة من الأصل.

(2) د سمت.

(3) د على الضرورة.

(4) ي: ولم يوجد.

(5) ي: في الجو فسقط في الهوي او في جبل او تردى.

(6) كذا النسختان بدون ذكر جواب اذا، وحذفه اختصارا، والمعنى، لا تؤكل، وهو لازم كلام اصبغ، وهو غير صحيح.

فرع

قال المازري: اذا أرسل مسلم ومجوسي كلبيها ولم يعلم استقلال كلب المسلم: لم يؤكل، وان ارسل المسلم وحده كلبه فرد كلب المجوسي على كلب المسلم الصيد: أجازه (ش) ومنعه (ح)، قال: وهو مقتضي اصولنا لأنا نقتل الممسك للقتل وان لم يقتل، مع أن (ش) و(ح) لا يَقتلاهُ، فبقي (ش) على اصله، وغلّبَ (ح) حكم التحريم هاهنا، واحتج الشافعية[1] على (ح) ان كلب المجوسي لو[2] قرب الصيد سهم المسلم أكل اتفاقا، واذا أمسك مجوسي كبشاً لمسلم حتى ذكاه اكل اتفاقا مع وجود الإعانة، قال: وعندي في السهم نظر. ولو أثار[3] كلبه فأغراه مجوسي أكل بخلاف العكس، وقاله (ح) لأن الأصل الإرسال، واذا شارك المعلم غير معلم إن تيقن المعلم اكل، أو غير المعلم لم يؤكل، أوشك لَم يؤكل، أو ظن فقولان.

فروع[4]

في الكتاب: من طرد صيدا فدخل دار إنسان لأنه اضطره فهو له، وان لم يضطره فهو لصاحب الدار، وما وقع في الحبالة فأخذه أجنبي هو لربها، قال ابن يونس: ومن اضطر صيداً الى حبالة بإلْجائِه فهو له، وإلا فلربها، وإن تعمد وقوعَه فيها فلها بقدر ما يرى ذلك، قاله مالك، وقال اصبغ: هو للطارد، وعليه قيمة الإنتفاع بالحبالة، كمن صاد بكلب رجل أو سهمه، وقال محمد: هو لطالبه سواء تعمد أو ألْجأ، وعليه الأجرة ولو

---

(1) د: (ش).

(2) د لو قرب السهم لصيد المسلم، وفي العبارة شيء، وعبارة (م) أوضح.

(3) د امثلا كلبه، وهو تحريف.

(4) د فرع.

كان الصيد غير[1] ملجىء: فلصاحب الحبالة لأنها كَيده بسبب نصبها لذلك، وقال ابن القاسم: الصيد بكلب رجل له الأجرة، والصيد لرب الكلب، كما لو تعدى عَلَى عبْد رَجُل فبعثه يصيد له، بخلاف المتعدي على الفرس، الصيد له، وعليه الأجرة، لأن الفرس ليس ممسكا.

فرع

قال ابن يونس: قال مالك: إذا ندَّ الصيد المملوك بِصيْد أوْ بشراء ثم صيد بقرب ولم يتوحش فَهُو للأول، وإلا فلِمَن صَادَه، قال المازري: قال ابن عبد الحكَم والأئمة: هو للأول وان طال توحشه كسائر الأملاك لا تبطل بالغيبة عن المالك، وقال ابن حنبل: اذا وقع في شبكته دون يده ملكه، وان انفلت فلمن أخذه بخلاف يده، فإن لم يتأنس عِند الأول، قال ابن عبد الحكَم ايضا: هو للأول، وقيل للثاني بخلاف ندوده بعد تأنسه، واتفقوا على الحربي يؤسر ثم يبق[2] الى بلد الحرب ثم يؤسر، فإنه للأول، وهو شديد الشبه بالصيد، وقد فرق بعض أصحابنا بأن الحربي له من يمنعه والصيد بقي دون مانع كموات الأرض اذا أحيي ثم خرب، والروايات على التسوية بين مالك الأول بصيد أو شراء، وقال في الكتاب:[3] ان كانت بشراء فللأول، أو بصيد فللثاني كما قلنا في إحياء الأرض[4].

واتفقوا على أن الماء اذا حِيز من نهر ثم انصب فيه: ان الملك يسقط، ونقل عن الشافعي[5] أن الملك باق في الماء.

---

(1) ي: ولو كان الصائد ملجأ، وهو تحريف.

(2) د ثم يأتي.

(3) د ابن الكاتب.

(4) د الأرضين.

(5) د (شق).

فرع

في الكتاب: من صاد ظبيا في أذنه قُرطان عرفهما، وان كان هروبه هروب انقطاع، فالصيد للصائد، وما عليه فلربه، فإن قال ربه: نَدَّ من يومين، وقال الصائد: لا علمَ لي، فعلى ربه البينة لأنه مُدَّعٍ، الا ان يجده مربوطا بخَيْط أو في شجرة، فللأول، (وقال سحنون: البينة على الصائد لأنه مُدَّع زوال ملك الأول،)[1] وقال ابن عبد الحكَم و(ش) و(ح): هو للأول طال زمانه أو قصر استصحاباً للملك السابق. لنا: القياس على صيد الماء، وهذه الفروع تنزع إلى قاعدة إحياء الموات، وأنه اذا ذهب إحياؤه عاد مواتا، ويمكن الفرق بأن الشرع أصدر ذلك بصيغة الشرط فقال:[2] (مَن أحيَى أرضاً ميتة فهي له) ويلزم من انتفاء الشرط انتفاء المشروط، وها هنا بصيغة الإذن والتمليك، كالمعادن وغيرها، وقال تعالى: ﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا﴾ (المائدة: 2) ولأن الموات اذا خرب بترك مجيئه له كان ذلك اعراضا عن ملكه واسقاطا له، والصيد فر بنفسه، نظيره: غصب الموات المُحيى، فإنه لا يسقط الملك فيه.

---

(1) ما بين القوسين سقط من ي.

(2) رواه مالك في (الموطأ) مرسلا، كتاب الأقضية، باب في عمارة الموات، ورواه الثلاثة ابو داود والترمذي والنسائي موصولا عن سعيد بن زيد وجابر، وهو صحيح.

كتاب النكاح[1]

وهو في اللغة: التداخل، تقول: أنكحت الأرض البَذر ونكحت الحصاة خف البعير، والوطء تداخل، فسُمي نكاحا، ويطلق على العقد مجازا، من باب إطلاق المسبب على السبب، ويقال: كل نكاح في كتاب الله تعالى فالمراد به: العقد إلا قوله تعالى: (﴿حَتَّى تَنْكِحَ زَوجاً غَيْرَه﴾ (البقرة: 330) (ويطلق على الصداق لأنه سبب كالعقد، نحو قوله تعالى[2]): ﴿وَلْيَستَعْفِف الذِينَ لاَ يَجِدُونَ نِكَاحاً﴾ (النور 32)[3] اي صداقا، ويحتمل ان يكون من باب الإضمار، أي سبب نكاح، لكن المجاز أولى من الإضمار على ما تقرر في الأصول.

قال اللخمي: وهو في الشرع أربعة اقسام: (واجب غير موسع لمن

(1) هنا في ي ما نصه: بسم الله الرحمن الرحيم، صلى الله على سيدنا محمد وآله وسلم تسليما. الجزء الخامس من كتاب الذخيرة على مذهب امام دار الهجرة النبوية، مالك بن انس رضي الله عنه، تأليف الفقيه العالم الأوحد شهاب الدين احمد بن ادريس المالكي رضي الله عنه، فيه من الكتب: كتاب النكاح، الباب الأول في اقطاب العقد الباب الثاني في اسباب الخيار. الباب الثالث في التوابع، والحمد لله وحده. بسم الله الرحمن الرحيم، صلى الله على سيدنا محمد وآله وسلم تسليما. (كتاب النكاح).

(2) ما بين القوسين سقط من الأصل.

(3) د: (وليستعفف الذين لا يجدون نكاحاً حتى يغنيهم الله من فضله).

خشي الزنا وعَجَز عن التَّسَرِّي، ولا يذهب عنه بالصوم)،[1] وواجب موسع إن كان كذلك، ويقدر عن التسري ويذهب بالصوم، فهو مخير بينه وبين النكاح، فان كان يذهبه الصوم وجب أحد الثلاثة على التخيير، والزواج اولى، لقوله[2] عليه السلام: (يا مَعْشر الشباب، مَن استطاع منكم الباءة فليتزوج، فإنه أغض للبَصَر وأحصن للفَرْج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم، فإنه لَهُ وِجاء)[3] فقدم النكاح على الصوم والسراري تنتقل طباعهن للولد، ومندوب. لأمن من[4] الزنا الراغب في النساء وهو يولد له، ومباح، للمعرض عن النساء وهو لا نَسل له، وكذلك المرأة، الا في التسري، قال صاحب (المعلم):[5] ومكروه، لمن لا يشتهيه وينقطع به عن العبادة، وقال اهل الظاهر بوجوبه، لظاهر صيغة الأمر في الحديث، وفي قوله تعالى: ﴿فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّساء﴾ (النساء: 3) وغيرها، ويدل على عدم الوُجوب: قوله تعالى: ﴿فإنْ خِفْتُمْ ألاَّ تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَت أَيْمَانُكُمْ﴾ (النساء: 4) فخير بين النكاح وملك اليمين، (وملك[6] اليمين) لا يجب اجماعا، فكذلك النكاح لتعذر التخيير بين الواجب وما ليس واجباً، وكذلك قوله تعالى: ﴿وَالذينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ إلاَّ عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا

---

(1) ما بين القوسين سقط من الأصل.

(2) البخاري في الصوم، باب الصوم لمن خاف على نفسه العزوبة، وفي النكاح، باب قول النبي (ﷺ) من استطاع الخ ومسلم في النكاح، باب استحباب النكاح لمن تاقت نفسه اليه ووجد مؤنة واشتغال من عجز عن المؤن بالصوم، وابو داود وغيرهم، عن عبد الله بن مسعود، وفيه قصة.

(3) الأصل: رجاء، والصواب: وجاء بالواو، وهو نوع من الخصاء.

(4) د الا من الزنا، ولعل صواب العبارة: للآمن مِن الزنا الراغب في النساء.

(5) بفوائد مسلم، لأبي عبد الله محمد بن علي المازري الإمام الشهير المتوفي سنة 536، والنص في (المعلم 129/2) وقد طبع للآن ثلثاه بتونس.

(6) ما بين القوسين سقط من ي.

مَلَكَت أيْمَانُهم﴾ (المؤمنون: 5).

فوائد: في الحديث المتقدم: الباءة: المنزل، ويقال له: مباءة ومبوأ. ولما كان المتزوج يتبوأ بامرأته بيتا سمي النكاح باءة، وفيه اربع لغات: المدّ مَعَ التاء، ومع حذفها، وبَاهَة بإبدال الهاء من الهمزة، والقصر مع الهاء. وقوله: مَن استطاع منكم، يريد: المال الموصل الى الوطىء، وليس المراد: الوطىء، والا لَفَسد قوله: وَمَن لم يستطع فعليه بالصوم.

واعلم أن الصوم يقطع النكاح غالبا لإضعافه القوة، وتجفيفه الرطوبة التي تولد المني، وقد يزيد في النكاح في حق المرطوبين فيقربون به من الاعتدال فيقوى عندهم بالصوم، لكنه قليل في الناس.

فرع

النكاح ـ مع قطع النظر على أحوال الناكحين ـ مندوب اليه، وتركه لنوافل العبادة عندنا وعن (ش) افضل، لمن لم تمل اليه نفسه، وعند (ح) وابن حنبل: هو أفضل، لأن العلمَاء اختلفوا في وجوبه، فأقل احواله تقديمه، ولأنه يوجب إعفاف الزوجين، ووجود من يوحِّد الله تعالى ويكاثر به عليه السلام، فهو متعد لهذه المصالح العظيمة، والمتعدي افضل من القاصر، ولتقديمه له عليه السلام على الصوم في الحديث السابق، **الجواب عن الأول:** أنَّ ذلك الخلاف غير مُعتد به لضعف مدركه، وعن الثاني: أن اصل النكاح شهوة النفس، وشهوة النفس مقتطع عن الرب تعالى، وانما هو وسيلة لما ذَكَرُوهُ[1]، والنوافل قربات في انفسها متعلقة بالرب تعالى بمعزل عن النفس، والمقاصد مقدمة على الوسائل، وعن الثالث: ان تقديم الصوم عليه انما كان في حق الشباب الذين شأنهم فرط الميل وخشية الفساد، والنزاع انما هو في غيرهم.

(1) د لما ذكرتموه.

وتَنحصر مقاصد الكتاب في ثلاث مقدمات، وثلاثة ابواب، مشتملة على اقطاب العقد، ثم أسباب الخيار فيه، ثم توابعه، ويتمهد الجميع على هذا الترتيب ان شاء الله تعالى.

المقدمة الأولى: في الجواهر: قال القاضي ابو بكر: ينظر الى المخطوبة قبل، وقاله الأئمة لما في ابي[1] داود قال عليه السلام: (اذا خَطَب احدكم المرأة فإن استطاع أن ينظر الى ما يدعوه الى نكاحها فليفعل)، قال: ولا ينظر الا الى وَجهها وكفيها، ويحتاج الى اذنها عند ابن القاسم، لأن البغتة قد توقع في رؤية العورة، وقال (ش) وابن حنبل: يكفي اذن الشرع.

تمهيد. أبيح هذا النظر المحرم لضرورة دوام الصحبة اذا دخل على معلوم، كما أبيح لتحمل الشهادة في الوجه والفرج في غير الزنا، وفي الزنا على ظاهر المذهب، ويباح ذلك من الأمة المباحة الوطىء، أعني الفرج، ومن الزوجة اباحة من الجانبين،[2] وقيل: يكره نَظَرُ الفَرْج لأنه يضعف البصر.

المقدمة الثانية: في الجواهر: الخطبة مستحبة، والتصريح بخِطبة المعتدة حرام، والتعريض جائز، وهو القول المفهم لمقصود الشيء من غير تنصيص، مأخوذ من عُرض الشيء وهو ناحيتُهُ، لأنه تحريم[3] على النكاح من غير هجوم عليه، لقوله تعالى: ﴿ولاَ جُنَاحَ عَلَيْكُم فيمَا عَرَّضتُمْ بِهِ مِن خِطْبَةِ النِّساء أوْ أَكْنَنتُم في أَنْفُسِكُم، عَلِمَ اللهُ أَنكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ وَلَكِنْ لاَ تُوَاعِدُوهُنَّ سِراً، إلاَّ أَنْ تَقُولُوا قَوْلاً مَعْروفاً، وَلاَ

(1) في النكاح من السنن، باب الرجل ينظر الى المرأة وهو يريد تزوجها. عن جابر بن عبد الله. قال ابن حجر في (بلوغ المرام) - كتاب النكاح: رجاله ثقات، وصححه الحاكم، وله شاهد من حديث المغيرة.

(2) د ومن الزوجة من الجانبين.

(3) كذا.

تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النكاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الكِتَابُ أَجَلَهُ﴾ (البقرة: 135) فدل على[1] إباحَة الإكنان والتعريض، وتحريم المواعدة، وبهذا قال الأئمة، غير أن (ش) وابن حنبل منعا من التعريض للرجعية لأنها زوجة، ولست أنقل فيه عندنا شيئاً غير أن الأصحاب اطلقوا الإباحة من غير تخصيص، وفي الجواهر: قال القاضي ابو بكر: والذي مال اليه مالك في التعريض: أن يقول: اني بكِ لمعجب، ولكِ محب، وفيك راغب، قال: وهذا - عندي - اقوى التعريض وأقرب الى: التصريح، قال: والذي أرى أن يقول: إن الله تعالى سائق اليكِ خيرا[2] فأنت نافعة، فإن زاد فهو تصريح.

فرع

قال اللخمي: قال مالك: لا بأس بالهدية لأنها تعريض.

قاعدة: الأحكام كلها قسمان: مقاصد. وهي المتضمنة للحكم في انفسها، ووسائل تابعة للمقاصد في أحكامها من الوجوب والتحريم وغيرهما، وهي المُفضية الى تلك المقاصد (خالية عن الحكم في انفسها من حيث هي وسائل، وهي اخفض رتبة من المقاصد)[3] فالجمعة واجبة مقصدا، والسعي واجب وسيلة، والزنا محرم مقصدا[4]، والخلوة محرمة وسيلة، وكذلك سائر الأحكام.

والوسائل أقسام: منها ما يبعد[5] جداً فلا يعطى حكم المقصد، كزراعة

---

(1) ي. قال: على اباحة، وفيه نقص.

(2) بياض بالأصل، وفي د: واسوريني، كذا بدون نقط، وفي الشرح الكبير للخرشي: وأبشري فأنت نافعة.

(3) ما بين القوسين سقط من د.

(4) ي: محرم ومقصد.

(5) ي: يتعد، وهو تصحيف.

العنب المفضية الى الخمر، وما قرب جدا فيعطى حكم المقصد كعصر الخمر، وما هو متردد[1] بين القريب والبعيد فيختلف العلماء فيه، (كاقتناء)[2] الخمر للتخليل، والمحرم[3] مقصدا هاهنا: اختلاطُ الأنساب باجتماع المائين في الرحم من الزوج السَّابق واللاَّحق، والعقد حرام تحريم الوسائل، لإفضائه الى الوطء، والتصريح كذلك لإفضائه للعقد فهو وسيلة الوسيلة، ولما بعُد التعريض عن المقصد لم يحرم، والإكنان[4] أبعد منه.

فرع

قال اللخمي: فإن تزوجها في العدة فأربعة أقوال، (قال[5] مالك): تَحرُم، دخل في العدة أو بعدها، مناقضة له بنقيض مقصوده، كالقاتل عمدا، ولا تحرم إن فرق بينهما قبل الدخول، لانتفاء المقصود من العقد، وقال ايضا: إن دخل بعد العدة فسخ، وما هو بالحرام البين، لحصول براءة الرحم قبل الوطء الثاني، وقاله ابن حبيب، وقال ايضا: تحرم بالعقد تنزيلا للوسيلة منزلة المقصد، وقال ابن نافع: لا تحرم وان دخل في العدة قياساً على الزنا بها، وقاله (ش) و(ح)، فإن قبَّل أو باشر في العدة حرمت عند ابن القاسم كما تحرم أمة الأبِ بالمباشرة على الإبن، ولمالك قولان.

قال صاحب البيان: والقبلة والمباشرة بعد العدة لا تحرم اتفاقا، وفي الجلاب: الفسخ بغير طلاق، لأنه مجمع على فساده، ويجب المسمى

---

(1) ي: متقرب، وهو تصحيف.

(2) بياض بالاصل.

(3) ي: والمقصد والمحرم.

(4) د والاكنيان، وهو تصحيف.

(5) سقطت من ي.

بالدخول[1] لقوله عليه السلام: (أيما[2] امرأة نكحت نفسها فنكاحها باطل، وان مسها فلها المهر بما استحل من فرجها) وها هنا كذلك، ولا يتوارثان قبل الفسخ لفساد العقد، وفي الكتاب: إن دخل بها عوقب الزوج والمرأة والشهود إن علموا.

فرع

قال:[3] فإن تزوجها ثم ولدت من زنا لثلاثة اشهر حرمت ابدا كالنكاح في العدة، وكرهت عند اصبغ. وفي الجواهر: دخول وطْءٍ على وطْءٍ على ثمانية أوجه: وطءُ نكاح في عدة نكاح، ووطء نكاح في عدة شبهة نكاح، ووطء نكاح في استبراء غصب، ووطء نكاح في استبراء زنا، ووطء نكاح في استبراء ملك، ووطء نكاح في استبراء ملك بعد العتق، ووطء ملك في استبراة ملك، ووطء بغير شبهة في عدة أو استبراء بغصب أو زنا، فيحرم في الأول والثاني على الواطىء ابدا اتفاقاً من اصحاب مالك، وفي الثالث والرابع عند مالك، خلافاً لعبد الملك، وفي الخامس قولان، نظراً الى الملك السابق، فلا يحرم، أو قصد تعجيل شيء بالنكاح فيحرم، ولا يحرم في السادس عند ابن القاسم وأشهب، وهو عندهم اخف من استبراء أم الولد، لوقوع الوطء في ملك ام الولد، ولا يحرم في السابع اتفاقا، لأن الملك مقصوده الاستخدام دون الوطء[4] فضعفت آثار الوطء

---

(1) (بالدخول) سقطت من د.

(2) هو بعض حديث رواه ابو داود في النكاح، باب في الولي، والترمذي في النكاح، باب ما جاء لانكاح الابولي، عن عائشة رضي الله عنها، وهو صحيح، وفيه: تكرار: فنكاحها باطل ثلاث مرات. وتمامه: فان اشتجروا ـ اي تخاصموا ـ فالسلطان ولي من لا ولي له.

(3) (فرع) قال ـ سقطت من (م).

(4) ي: دون الملك، وهو تحريف.

فيه، ولذلك لا يجب القسم للسراري، ويكون مضيقاً على نفسه إذا قال: كل امرأة أتزوجها طالق، وإن أبقي[1] السراري، وشبهة الملك كالملك،[2] كما أن شبهة النكاح كالنكاح، ولا يحرم في الثامن، لأنه لم يرد تعجيل شيء. بل أقدم على الحرام مع قطع النظر على شيء يتعجل أو يتأجل، والأصل في هذا التحريم: قول عمر وعلي رضي الله عنهما من غير مخالف، فكان اجماعاً، والقياس على قاتل[3] الموروث عمدا، وعلى الملاعن، بجامع ادخال الشبهة في النسب.

قال اللخمي: إذا تزوجت في استبراء من زنا ودخل بها: فالذي رجع اليه ابن القاسم انها إن كانت حاملا حرمت، والا فلا، وقال: اشهب: اذا اغتصبت امرأة حاملا، له وطؤها لأن الحمل لا يطرأ على الحمل الا في غاية الندرة، وكرهه أصبغ.

فرع

إن وَاعَدَ في العدة، أو عقد بعدها: قال في الكتاب: يفسخ بطلقة احب الي، دخل أم لا، للنهي، ثم يخطب بعد ذلك لانتفاء العقد ومقصوده من العدة، وقال اشهب: يفسخ وتحرم أبدأ وطيء أم لا[4]، لأن ما وقع بعد العدة سببه المواعدة في العدة وهي حرام، والمبني على الحرام حرام.

---

(1) د: وان بقي.
(2) (كالملك) سقطت من ي.
(3) د: القاتل الموروث، وهو لحن.
(4) الأصل: ان وطيء.

فرع

قال اللخمي: الرجعية تتزوج في العدة فيرتجعها زوجها في العدة وقَبلَ التفريق بينها، قال مالك: تصح الرجعة[1] ولا يطؤها حتى يستبرئها من الماء الفاسد بثلاث حيض إن دخل بها الثاني، وإن أصابها في عدتها من الثاني لم تحرم، لأنه أصاب امرأته، وكذلك المنعي[2] لها زوجها فيَقدم، فيفرق بينها وبين الثاني، فيصيبها الأول قبل انقضاء عدة الثاني، وكذلك التي تزني فيصيبها زوجها قبل الإستبراء، بخلاف البائن تتزوج في العدة، لا يجوز للأول العقد عليها وهي في عدة منها، فإن فعل[3] فسخ قبل الدخول وبعده، لأن البائن أجنبية، والرجعية زوجة، وتحرم عليه إن دخل بها في العدة منه أو من الثاني.

فرع

قال صاحب المنتقى[4]: اذا طلقها البتة ثم تزوجها في عدتها: قال ابن نافع: تحرم ابداً قياساً على الأجنبي، وكذلك قال مالك: اذا خَالَعَها على أنها إن طلبت ما أعطت فهي امرأته، فطلبته فرده[5] وراجعها وأصابها في عدتها حرمت عليه أبدا، وروي عن ابن القاسم وغيره[6] حلها، لأن الماءيْن لواحد، ومباشرة الأجنبي المتزوج في العدة دون الوطء فيها قولان لابن

(1) ي: العدة، وهو خطأ.

(2) ي: المنع، وهو تحريف.

(3) ي: دخل.

(4) في شرح (الموطأ) لأبي الوليد الباجي، وهو مطبوع بمصر.

(5) ي: فردها.

(6) ي: وغيرها حله.

القاسم، ولو تصادقا بعد الخلوة على عدم الوطء حرمت أبدا، ولا تصدق عند ابن القاسم واشهب، ولو صدقت في هذا لأسقطت العدة.

فرع

قال صاحب البيان: لو تزوجها في عدتها مجوسيان أو نصرانيان ثم أسلما بعد انقضائها لا يفرق بينهما، وطىء فيها أم لا، وان أسلما في العدة فسخ إن كان العقد قبل حيضة، وقيل: قبل ثلاث، وإن وطىء بعد الإسلام في العدة حرمت أبدا عند مالك وجميع أصحابه.

فرع

قال صاحب المنتقى: تستحب الخُطبة بالضم عند الخِطبة بالكسر، وصفتها: أن يحمد الله تعالى ويثني عليه ويصلي على نبيه عليه السلام، ثم يقول ما رواه الترمذي:[1] ﴿يأيها الذين آمنُوا اتَّقُوا اللهَ حَقَّ تُقَاتِهِ، ولا تَموتُنَّ إلا وأنتُم مُسْلِمُون﴾ (آل عمران: 102) ﴿واتقُوا اللهَ الذِي تَسَاءلُونَ بِهِ والأَرْحَامَ إنَّ اللهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيباً﴾ (النساء: 1) ﴿اتَّقُوا اللهَ وَقُولُوا قَوْلاً سدِيداً﴾ (الأحزاب: 70) الآية، ثم يقول: اما بعد: فإن فلانا رغب فيكم، وانضَوى[2] اليكم، وفرض لكم من الصداق كذا وكذا فأنكحوه هذه السنة، وفي الجواهر: تستحب ايضا عند العقد.

---

(1) في النكاح، باب ما جاء في خُطبة النكاح، وابو داود والنسائي كلاهما في النكاح، عن عبد الله بن مسعود، وهو صحيح، وقد اختصره المؤلف.

(2) ي: ارصوا، وهو تصحيف.

فرع

وفي الجواهر: يجوز الغيبة في ذكر مساوىء الخُطّاب للحذر، لقوله[1] عليه السلام لزينب بنت قيس: (أما معاوية فرجل صعلوك لا مال له، وأما أبُو جهم فلا يضع العصا عن عاتقه).

فرع

قال الأبهري في شرح المختصر: اذا تزوجها في عدتها جاهلاً ثم علم بذلك وأصاب في العدة حرمت عليه أبدا، فإن لم يصب فله تزوجها بعد العدة بعقد جديد.

المقدمة الثالثة: في الجواهر: تحرم الخِطبة على خِطبة الغير بعد الكفارة والتراكن، وبه قال الأئمة، لقوله عليه السلام في الموطأ:[2] (لا يَخطب أحدكم على خِطبة أخيه)، قال ابن القاسم: ولا يقف التحريم على تقدير الصداق لتحقق الخطبة بدونه، بدليل التفويض[3]، ووافقه ابن نافع، لأن السكوت عنه نادر، قال الأصحاب: وهذا في المتماثلين، قال ابن القاسم: وهو مورد الحديث، اما فاسق وصالح فلا، لتحصيل المصلحة للمولى عليها.

---

(1) مسلم في الايلاء، باب المطلقة ثلاثا لا نفقة لها، عن فاطمة بنت قيس (لا زينب كما جاء عند المؤلف) وكذلك رواه ابو داود والنسائي في الطلاق.

(2) في النكاح، باب ما جاء في الخطبة، عن ابي هريرة، ورواه البخاري في النكاح، باب لا يخطب على خِطبة اخيه.

(3) د التفريط، وهو تصحيف.

فرع

قال: فلو اقتحم النهي أُدب، ولا يفسخ عقده عند ابن القاسم و(ش) و(ح) لأن النهي حق للغير لا لمفسدة في العقد، ويفسخ عند ابن نافع قبل الدخول نظراً للنهي، وروي عنه: يفسخ مطلقا، قال عبد الوهاب: وظاهر المذهب: الفسخ: قال القاضي ابو بكر: الصحيح عدمه.

فرع مرتب

قال: قال ابن يونس: اذا لم يفسخ للعاقد النوبة[1] وعرضها على الخاطب الأول فإن حلله مضى، وإن أبى فارقها، فإن نكحها الأول والا استأنف عقده عليها، قال ابن القاسم: ان لم يحلله استغفر الله ولا شيء عليه.

(١) كذا وفي الكلام شيء والأصل هنا وقع فيه اهتزاز اثناء التصوير فاضطرب.



الباب الأول

في أقطاب العقد

وهي خمسة:

القطب الأول: العاقد، وهو الزوج أو الولي، ولا يجوز عقد المرأة على نفسها ولا على غيرها بكراً كانت أو ثيباً، رشيدة أو سفيهة، أَذِنَ الولي أم لا، وقاله (ش) وابن حنبل، وجوزه (ح) في الرشيدة لقوله تعالى: ﴿أنْ يَنكِحْنَ أزواجَهُنَّ﴾ (البقرة: 232) ﴿حَتَّى تَنكِحَ زَوْجاً غَيْرَه﴾ (البقرة: 230) فأضاف العقد إليها، ولأنها متصرفة في مالها ففي نفسها بطريق الأولى، لأن الحِجر على البالغ العاقل على خلاف الأصل، والأصل: ملك الانسان لمصالح نفسه، والجواب عن الأول: أن النكاح حقيقة في الوطء وهو متعذر من المرأة، واذا تعذرت الحقيقة فحمله على التمكين منه أولى، لأنه أقرب المجازات الى الحقيقة، ويوضحه قوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الأيَامَى مِنكُمْ﴾ (النور: 32) فخاطب الأولياء دون النساء، وقوله عليه السلام عند الدار قطني:[1] (لا تزوج المرأة المرأة، ولا المرأة نفسها، فإن الزانية هي التي تزوج نفسها) وقال: هذا حديث صحيح، وعن الثاني: الفرق بأن تصرفها في نفسها مع غلبة شهوتها يُخشى منه العار عليها وعلى اولياءها، يأخذها غير

(1) في (السنن) كتاب النكاح، ورواه ابن ماجة في النكاح من سننه، عن ابي هريرة، قال ابن حجر في (بلوغ المرام): رجاله ثقات.

كفؤ، وهي مفسدة تدوم على الأيام، بخلاف المال فيكون الحجر عليها اولى من الحجر على السفيه في ماله.

تفريع

في الجواهر: لا خلاف عندنا أنها لا تكون وليا على المرأة،[1] وروي عن ابن القاسم ولايتها على عبيدها ومن وصيت عليه من أصاغر[2] الذكور دون الإناث، والفرق من ثلاثة أوجه: ان للصبي (أهلية)[3] العقد بعد البلوغ، والعبد بعد العتق، ولأنها قادران على رفع[4] العقد بالطلاق، ولأن الولاية عليها ليس لطلب الكفات[5] المحتاجة لدقيق النظر بخلاف الأنثى في ذلك كله.

قال سحنون: للمرأة مباشرة العقد على من يعقد على نفسه بوكالته لها، والفرق: أن الوكالة لا تقع الا بعد النظر في تحصيل المصلحة من العقد[6] فلا خوف، وتجب للدخول بها في النكاح بغير ولي المسمى، ويسقط الحد[7] لشبهة الخلاف ويفسخ، ولو طال بعد الدخول بالأولاد فطلاق[8] عند ابن القاسم، وبغيره عند ابن نافع نظراً الى الخلاف أو تمكن الفساد، لقوله[9]

---

(1) د عن امرأة.

(2) (اصاغر) محلها بياض ي.

(3) محلها بياض.

(4) ي: دفع.

(5) ني: الكباة، وهو تحريف، ولعلها: الكفاءة.

(6) ي: من العقد، وتجب في الدخول.

(7) (الحد) سقط من الأصل.

(8) الكلمة في ي مطموسة وبقي منها ب.

(9) تقدم تخريجه.

عليه السلام: (أيما امرأة نكَحَت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل باطل ثلاث مرات، فإن اصابها فلها مهرها بما أصاب منها، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له) .

واما من له اهلية العقد، ففيه فصلان:

الفصل الأول: الزوج، ويشترط فيه شروط للصحة، وشروط للاستقرار،[1] أما شروط الصحة فاربعة: الأول: الإسلام، لأن الكفر مانع من الاستيلاء عن فروج المسلمات، والتمييز. والعقل، حتى يتأتى منه الإنشاء للعقد، فيخرج الصبي غير المميز، والمجنون، وأما السكران: فقال صاحب البيان: أما الذي لا يعرف الرجل من المرأة، ولا السماء من الأرض فكالمجنون في جميع أقواله وأفعاله اتفاقا بينه وبين الله وبين الناس، إلا في قضاء الصلوات، فقيل: يجب عليه، لأن المعصية لا تكون سبب الرخصة والتوسع، وأما من فيه بقية من عقله وهو مختلط فأربعة اقوال: قال ابن عبد الحكَم: كالمجنون، لقول عثمان رضي الله عنه: ليس للمجنون ولا للسكران طلاق، وقال ابن نافع في الكتاب و(ش) و(ح): هو كالصَّاحي في جملة احواله، لقوله تعالى خطاباً للسكارى: ﴿لاَ تَقْرَبُوا الصَّلاَةَ وَأَنتُمْ سُكَارَى﴾ (النساء: 43)، وقال الليث: تلزمه الأفعال دون الأقوال. فيقتص منه ويحد في الزنا دون القذف، والطلاق والعتاق لاحتياج الفعل الى مقدمات أكثر من القول، قال: ومذهب مالك وعامة أصحابه: تلزمه الجنايات كالعتق والطلاق والحدود دون الإقرارات والعقود، وهو أظهر الأقوال، لأن ما لا يتعلق به حق الله تعالى من الإقرارات والعقوبات اذا لم تلزم الصبي فهو أولى، وتلزمه حقوق الله تعالى من الصوم والصلاة ونحوهما، ويلزمه النكاح، فإن شهدت البينة بالاختلاط دون السُّكر حلف على المشهور، ولا يلزمه النكاح، وقيل: يلزمه، واذا لم يرجع في وصية حتى

---

(١) وقع هنا في ي تداخل بسبب الإهتزاز في الصورة.

مات نفذت. الرابع: تحقق الذكورية، فالخُنثى: قال اللخمي: لا ينكح ولا ينكح، ويحمل في صلاته وشهادته وجملة أحكامه على الأحوط، ويتأخر عن صفوف الرجال، ويتقدم عن صفوف النساء، قال ابو الطاهر: وله وطء جاريته بملك اليمين.

وأما شروط الاستقرار: فخمسة.

الشرط الأول: الحرية، فلا يستقر نكاح العبد بغير اذن سيده، ووافقنا (ح)، وقال (ش) وابن حنبل: لا يجوز بإجازة سيده لقوله عليه السلام في ابي داود:[1] (**أيما عبد تزوج بغير اذن سيده فهو عاهر**) واتفق الأئمة على منعه ابتداء، وانما اختلفوا هل الرق مانع من الصحة والاستقرار؟ ووجه تعلق حق السيد: ان زواج العبد ينقص الرغبات فيه لتعذر نقلته من بلده لتعلّقِه بامرأته وذريته، وصرف كسبه لهم سراً وعلانية، وليس له ان ينقص مال سيده بتنقيص ماليته، قال: وفي **الكتاب:** وفسخه بطلقة بائنة او تطليقتين جميع طلاق العبد، وعلى الأول اكثر الروايات، وان أجازه جاز، فإن امتنع من الإجازة ثم أجاز: فإن أراد بالأول الفسخ انفسخ، والا صحت الإجازة من قرب، وإن أعتقه بعد علمه نفذ، وإن باعه قبل علمهِ لم يكن للثاني فسخه. لأنه انما انتقل اليه ملك معيب، وله الرد بالعيب ان لم يعلم[2] فيفسخه البائع إن أرادَ، وان مات قبل علمه فَلِوَرَثته ما كان لمورثهم، قال اللخمي: مقتضى مذهب الأبهري فسخه (بغير طلاق، قال: وأرى للبائع فسخه[3]) قبل رده عليه بالعَيب، وللمشتري رده بعد الفسخ لأنه عيب لا يرتفع بالفسخ بسبب

---

(1) في النكاح، باب نكاح العبد بغير اذن سيده، عن جابر بن عبد الله، ورواه الترمذي في النكاح، وهو صحيح.

(2) ي: ان لم يعلمه فسخه.

(3) ما بين القوسين سقط من ي.

عادة العبد لذلك، واذا رضي المشتري بذلك ثم رده بعَيب قديم رد ما نقص النكاح، لأن رضاه به كالحدوث عنده.

فرع

قال اللخمي: للعبد زواج أربع، وروي عنه: لا يتعدى اثنتين، وبه قال الأئمة، لقول عمر رضي الله عنه: ينكح العبد اثنتين ويطلق تطليقتين، ولأنه معنى يقبل التفاضل فيتشطر، قياساً على الحدود والعدد والطلاق، والجواب عن الأول: أنه روي عن ابن عباس[1] خلافه، وعن الثاني: أن العلة ثمة إنما هي كونها عذابا فاندرج في قوله تعالى: ﴿فَعَلَيْهِنَّ نصف مَا عَلَى المُحْصَنَاتِ مِنَ العَذَابِ﴾ (النساء: 24) وها هنا نعيم فلا يلحق به، بل يمنعه قوله تعالى: ﴿فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثلاثَ وَرُبَاعَ﴾ (النساء: 3) وهو مندرج في الضمير المذكور.

تنبيه. آية التشطير إنما تناولت الإناث لقوله تعالى: ﴿فَعَلَيْهن﴾[2] وإنما ألحق الذكور بالإجماع.

تمهيد. للعبد مَعَ[3] الحرائر أربع حالات: التشطير كالحدود، والمساواة كالعبادات، ومختلف فيه كعِدد الزوجات وأجل الإيلاء والعنة[4] وحد القذف فعلى النصف عند مالك، في جميع ذلك، وقيل: بالمساواة، وساقط عنه، واجب على الحر، كالزكاة والحج.

---

(1) د ابن القاسم، والظاهر انه خطأ.

(2) ي: (فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب).

(3) الأصل: للعبد بيع الحرائر، ود للعبد مع الحر، وهو الصواب.

(4) كذا الأصل وفي د والعنه.

فرع

قال اللخمي: واستحسن مالك ان تكون الرجعة للعبد اذا رد السيد نكاحه ثم عتق في العدة.

الشرط الثاني: البلوغ. ففي الكتاب: اذا تزوج صبي يقوى على الجماع بغير اذن أبيه أو وصيه: إن أجازه وليه جاز، كبيعه وشرائه، وإن فسخه قبل البناء أو بعده فلا صداق، لأن إصابته كلا شيء.

فرع[1]

وفي الجواهر: منع سحنون إجازة عقد الصبي مطلقاً، وجعل البلوغ شرطاً في الصحة، لأن الصبي مسلوب الأهلية، والعقد بغير عاقدٍ معتبرٍ لا يصح، وفرق بينه وبين البيع للضرورة العامة.

قواعد. الصبي ينعقد نكاحه دون طلاقه، لأن عقد النكاح سبب اباحة الوطء، وهو اهل للخطاب بالإباحة والندب والكراهة دون الوجوب والتحريم، لأنها التكليف، والطلاق سبب التحريم بإسقاط عصمة الزوج، وهو ليس أهلا للتحريم، فلم ينعقد سببه في حقه، واشترك السببان في انهما خطاب وضع، وانضاف الى احدهما كونُه خطاب تكليف، فلا جَرم انتفى عنه.

الشرط الثالث: الرشد، قال اللخمي: اذا تزوج السفيه بغير اذن وليه امضاه إن كان سداداً والا رده، فإن رده بعد البناء: ففيها تستحقه الزوجة أربعة اقوال: ربع دينار لمالك، لأنه الواجب لله تعالى. لا يترك لها شيئا لعبد الملك نظراً لابطال العقد الموجب بالفسخ، ويجتهد في الزيادة على ربع دينار لذات القَدر، لابن القاسم نفياً للضرورة، ويزاد ما لا يبلغ صداق المثل، لأصبغ. لأنها اصابة خالطها اذن، فإن علمت به فربع دينار فقط،

(١) (فرع) سقط من د.

فإن لم يعلم الولي حتى مات السفيه والزوجة: قال ابن القاسم: للولي النظر بعد موتها، إن رد سقط الميراث، والا أخذه ولا ميراث لها بموت الزوج، ولا نظر للوصي بعد موته، وقال اصبغ: ان ماتت وتزويجه غبطة: فلها الصداق والميراث، لأنه تصرف أهل الرشد، والا فلا صداق ولا ميراث، وان مات الزوج فلها الميراث لتحقق سببه. وهي الزوجية، وينظر في الصداق، قال صاحب البيان: في السفيه اذا اتصّل به الموت، ثمانية أقوال: لابن القاسم يتوارثان ويمضى الصداق، بناء على أنه محول على الإمضاء حتى يرد، وأن النظر يرتفع بموت احدهما، ولا يبطل النظر بموت احدهما، ولا يتوارثان،[1] ويبطل الصداق الا ان يدخل بها، فلها ربع دينار بناء على حمله على الرد حتى يمضي، (وان النظر يرتفع بموت أحدهما، قاله ابن القاسم ايضا[2])، ويتوارثان مراعاة للخلاف (وإن كان العقد غبطة فلها الصداق دَخَل أم لا، وإلاّ بطل الصداق الا أن يدخل فَربعُ دينار، قاله أصبغ ويتوارثان مراعاة للخلاف[3]) ويبطل الصداق ان كان الميت الزوج، وينظر فيه إن كان الميت المرأة، فإن كان غبطة فلها الصداق، دَخَلَ بها أم لم يدخل والا بطل الصداق الا ان يدخل فربع دينار بناء على بطلانه بموت الزوج دون المرأة، ويتوارثان مراعاة للخلاف، ويثبت الصداق إن كان الميت الزوج دون المرأة، ويتوارثان، وينظر فيه إن كان المرأة على ما تقدم، بناء على الرد، وارتفاعه بموت المرأة، والثامن: إن كان غبطة ثبت الميراث والصداق والا انتفيا إلا ان يدخل فربعُ دينار.

قاعدة. السفيه لا تنفذ تصرفاته صوناً لماله على مصالحه، (وتنفذ[4]

(1) ي: ويتوارثان.

(2) ما بين القوسين سقط من ي.

(3) ما بين القوسين سقط من ي.

(4) ما بين القوسين سقط من ي.

وصاياه صوناً لماله على مصالحه)، فلو ردت الوصية لم ينتفع بالمال بعد الموت، فالسفه معنى واحد اقتضى الرد والتنفيذ، ويسمى جمع الفرق.

الشرط الرابع: الصحة، وأصله: نهيه[1] عليه السلام عن إدخال وارث واخراج وارث. وهو جائز في الصحة اتفاقا، فتعين المرض والمتزوج يدخل فوجب المنع لحق الورثة.

قال اللخمي: نكاح المريض ثلاثة: جائز وممنوع ومختلف فيه، لأن المَرض أربعة: غير مخوف فيجوز النكاح، وكذلك المخوف المتطاول كالسل والجُذام اذا تزوج في أوله، ومخوف اشرف على الموت فيمتنع، ومخوف غير متطاول ولم يشرف، فثلاثة أقوال: فاسد ولا ميراث، وهو المشهور، وقاله مالك ايضا، يجوز إن كان محتاجا اليه للإصابة والقيام به والا فلا، وإجازته مطلقا. وفي **الجواهر**: روي عن مالك: صحة نكاح المرضى كيف كان المرض، وحيث قلنا بالمنع، قال اللخمي: ان عُثِر عليه في المرض: قال محمد: يفسخ (وان دخل، وقال ابن كنانة: يفسخ)[2] فقط. وقال ابن القصار: الفُرقة استحباباً[3] لصحته بعد زوال المرض، وفي **الكتاب**: لا يجوز نكاح مريض ولا مريضة ويفسخ ولو بعد البناء، وان ماتت المريضة فلها الصداق ولا يتوارثان، وان دخل المريض فصداقه في

---

(1) ومنه قوله (ﷺ) من فر بميراث وارثه قطع الله ميراثه من الجنة يوم القيامة، رواه ابن ماجة في السنن عن انس وهو ضعيف. ومنه حديث ابي هريرة عند ابي داود والترمذي كلاهما في الوصايا مرفوعا: ان الرجل ليعمل والمرأة بطاعة الله ستين سنة، ثم يحضرهما الموت فيضاران في الوصية فتجب لهما النار، ثم قرأ علي ابو هريرة (من بعد وصية يُوصي بها او ديْن غير مضار وصية من الله ـ الى قوله ـ وذلك الفوز العظيم) وسنده ضعيف، وله شاهد صحيح، وهو: (الاضرار في الوصية من الكبائر) رواه سعيد بن منصور موقوفا باسناد صحيح، والنسائي مرفوعا ورجاله ثقات.

(2) ما بين القوسين سقط من د.

(3) (م) استحباب.

ثلثه،[1] لأنه تصرف في المرض ويقدم على الوصايا والعتق، لأنه كالمعاوضة، ولا ترثه لتعلق حق الورثة بالتركة قبلها، وان صح ثبت النكاح لزوال المانع دخل أم لا، ولها المسمى، وقد كان يقول: يفسخ، ثم امرني بمحوه، وإن فسخ قبل البناء فلا صداق، لأن فرضه غير معتبر شرعاً، والله تعالى لم يوجب الا نصف الصداق المفروض قبل البناء، ولا ميراث لما تقدم.

نظائر، قال ابن بشير: ان المحوات في **الكتاب** اربعة: لا يثبت نكاح المريض والمريضة بعد الصحة، وولد الأضحية قال: حَسَن أن يذبح معها، قال[2] ابي: لم أره وَاجباً، ثم قال: امحها. واترك[3] ذبحه. قال ابن القاسم وأرى عدم الوجوب، والحالف لا يكسو امرأته، ثم افتكَّ لها ثيابها من الرهن، قال: لا يحنث، ومن سرق ولا يمين له أو يمين شلاء، قال: يُقطع رجله اليسرى، ثم أمر بمحوها وقال: بل يده اليسرى، وبالأول قال ابن القاسم، قال ابن يونس: قال في **الكتاب** ايضا: إذا بنى بها فلها المسمى وان زاد على صداق المثل، ولا يقدم عليه في الثلث الا المدبر في الصحة، وقال ايضا: يقدم على المدبر في الصحة وليس بشيء لاشتراكهما في أن مخرجها الثلث، وهذا مع المانع بخلاف ذلك، وقال سحنون: ان زاد صداقها على المثل رد اليه عند ابن القاسم، ويقدم على الوصايا والمدبر في الصحة، ويسقط الزائد عنده، وقيل: يحاصُّ به في الوصايا، ومنشأ الخلاف: هل تُورِّث[4] فلا يكون لها الزائد لأنها وصية لوارث أولا، فيكون لها، لأنها وصية لغير وارث.

---

(1) د ثلاثة، وهو تصحيف.

(2) (قال ابي) سقطت من ي.

(3) ي: واترك ذبحه حسن، قال ابن القاسم: وانا ارى...

(4) ي: (ترث).

واختلف في نكاح الأمة والكافرة فجوزه ابو مصعب لعدم الميراث ومنعه عبد الملك لاحتمال العتق والإسلام قبل الموت.

فرع

قال: فلو نكح تفويضاً ثم سمى ثم مات فلا شيء لها إلا أن يدخل فيكون في ثلثه، ولو كان[1] اضعاف صداق المثل مقدماً على الوصايا، وقال اصبغ: يقدّم صداق المثل ويبطل الزائد، لأنه الواجب بالوطء، وقال المغيرة: صداق المريض[2] مطلقا في رأس المال قياساً[3] على جنايته، وقال الشيخ ابو الحسن: ربع دينار في رأس المال لأنه حق الله تعالى فيحَاصّ به أرباب الديون، ونظيره: ترك السيّد لزوجة العبد المدخول بها ربع دينار.

فرع

قال اللخمي: اذا تزوج باذن ورثته، لا يجوز[4] لإمكان فوات الإذن وانتقال الميراث لغيره، قال محمد:[5] وهذا نادر وأرى جوازه.

سؤال. ينبغي أن يمنع المريض من الوطء خشية ادخال وارث لظاهر النهي كالتزويج، ولم يمنع،[6] جوابه: المرأة وارث محقق، وقد يكون من الوطء حمل وقد لا يكون.

---

(1) (م) زاد

(2) ي: المثل، وهو تحريف.

(3) ي: مقدما، وهو تحريف.

(4) ي: لا يجوزه وكان موت الاذن، وهو محرف.

(5) (محمد) سقطت من د.

(6) (ولم يمنع) مكانها بياض في ي

فرع

قال صاحب البيان: إذا غصب المريض امرأة فصداقها من رأس المال قولا واحدا، لأنها لم تدخل على الحجر بخلاف المختارة.

فرع

قال اللخمي: ويلحق بالمريض والمريضة: الزاحف في الصف، وراكب البحر، والمقرب للقتل، والمحبوس له، قال ابو الطاهر: والمحبوس في هؤلاء قولان، والحامل تمتنع أيضا الا ان يكون الحمل من العاقد.

فرع

قال اللخمي: الإقرار بالنكاح في المرض في الصحة (أو في المرض لا يجوز، ولا مهر ولا ميراث، وان أقرت بمرضها بزوج في الصحة)[1] فصدقها الولي لم يقبل قولها لأنه اقرار على غير الولي، وان أقرت في الصحة ثم مرضت وماتت وقال الولي: زوجتها منه في صحتها، وادعى ذلك الزوج بعد الموت فله الميراث وعليه الصداق.

الشرط الخامس: الكفاءة، والكفوء لغة: المثل، وأصل اعتبارها: أن المطلوب من النكاح: السكون والود والمحبة لقول الله تعالى: ﴿ومِنْ آيَاتِه أنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أنْفُسِكمْ أزْواجاً لِتَسْكُنُوا إلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾ (الروم: 21) ونفس الشريفة ذات المنصب لا تسكن للخسيس، بل ذلك سبب العداوة والفتن والبغضاء والعار، على مر الأعصار

(1) ما بين القوسين ساقط من د.

في الأخلاف والأسلاف، فإن مقاربة الدنيء تَضع، ومقارَبة العلي ترفع، والقاعدة: أن كل عقد لا يحصل الحكمة التي شرع لأجلها لا يُشرع، والكفاءة متفق عليها بين العلماء، وإنما الخلاف بأي شيء تحصل، فعند (ش): تحصل بخمسة أوصاف: الصلاح في الدين، والحرية، والنسب اليه عليه السلام أو للعلماء، لأنهم ورثته، أو للصحابة[1] لأنهم اتباعه دون الملوك وشيعِهم، فإنهم لا قَدْر لهم عند الله تعالى لظلمهم، والسلام من العيوب الموجبة للفسخ كالجذام ونحوه، وعدم خوفِ[2] الدنية، ولا عِبرة بالجمال ولا اليسار، لحصول المصالح الشرعية في النكاح بدون التساوي فيهما.

وعند (ح)[3]: خمسة أوصاف: الدين، والحرية، والحرفة، والغنا، لما يقال: مال الرجل جيبه، وفي الحديث[4]: (تُنكح المرأة لأربع) فذكر المال، والخامس: النسب، وشدَّد فيه فقال: لا تكافىء قريشاً غيرُها من العرب ولا تكافىء العرب غيرها، واعتبر الكفاءة في بيوت العرب وقال: اذا زوجت نفسها من غير كفؤ فللأولياء التفريق لدفع العار عنهم، واذا زوج الأب الصغير او الصغيرة من غير كفؤ نفذ، ووافقه ابن حنبل في الدين والنسب على ما فصله، والغنا والحرفة، ولم يعتبر الحرية، لقوله[5] عليه السلام لبَريرة حين عتقت تحت عبد: (لو راجعتيه).

وأما نحن: فنعتبر فيه خمسةَ أوصاف:

---

(1) ي: او للعلماء.

(2) د الحرب الدنية.

(3) د: (ش) ولعله خطأ.

(4) البخاري في النكاح: باب الأكفاء في الدين، ومسلم في الرضاع، باب استحباب نكاح ذات الدين، عن ابي هريرة.

(5) البخاري في الطلاق، باب خيار الأمة تحت العبد، وغيره من الأبواب، ورواه ابو داود والترمذي عن ابن عباس.

الوصف الأول: الدين، ففي الجواهر: متفق عليه، فإن زوجها لفاسق بجوارحه فلا خلاف منصوص أن العقد لا يصح، كان الولي أباً أو غيره، وللزوجة وَمَن قَام لها فسخُه، قال: وكان بعض الأشياخ يهرب من الفتيا في هذه المسألة، لما يؤدي إليه من نقضِ أكثر الأنكحة، وأما الفاسق باعتقاده: فقال مالك: لا يُزوج القَدَرية[1] ولا يزوج اليهم.

الوصف الثاني: الحرية، قال: وظاهر قول ابن القاسم في الكتاب: كفاءة الرقيق، يشير لقوله في (الكتاب): ذات القدر[2] اذا رضيت بعبد أو مولى: المسلمين[3] بعضهم لبعض اكفاء، وللعبد والمكاتب ان يتزوج ابنة سيده، واستثقله مالك، قال سحنون: الصحيح: عدم كفايته، وقال المغيرة: يُفسخ لأن للناس مناكح عرفت بهم وعرفوا بها ونفياً، للمعرة والضرر، وفي الكتاب: قال غيره: وليس للعبد ومثله اذا دعت اليه وهي ذات قدر يكون الولي عاضلا برده، واستثقل مالك زواج العَبد والمكاتب ابنة سيده، قال صاحب النكت: انما استثقله لأنها قد يرثها فينفسخ النكاح، والفرق بينه وبين تزوج امة الولد[4] مع توقع الإرث أن الوطءَ يبْقى له بملك اليمين، قال صاحب البيان: قال ابن القاسم: اذا تزوج مكاتب حرة فعرفت به بعد سنين وعرفها بنفسه، حلفت وخيرت في البقاء، لأن الأصل عدم العلم، وهو ليس بكفؤ، ويكون لها المسمى بالمسيس، ولو كانت مكاتبة أو أمة: فليس (لها مقال، لأنه كفء إلا أن تدعي أنه غرها وأخبرها بالحرية فتزوجته على ذلك فيحلف هو، لأن الأصل عدم)[5]

---

(1) المراد بهم: نفاة القدر من الجهمية والمعتزلة.

(2) د الأب.

(3) د المسلمون، وهو الصواب.

(4) د الوالد

(5) ما بين القوسين سقط من د.

الاشتراط. فإن نكل حلفت وخيرت، وهذا البحث منه والتنقل يدل على اعتبار الحرية في الكفاءة.

الوصف الثالث: النسب، ففي **الكتاب:** المولى كفؤ لعربية، لقوله تعالى: ﴿إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللهِ أَتْقَاكُمْ﴾ (الحجرات: 13) فإن رضيت بدونها في الحسب، وامتنع الأب أو غيره، زوجها السلطان، وفي **الجواهر:** وقيل ليس بكفوء، قال عبد المَلك: معنى نكاح المولى العربيةَ: إذا كان رغبة في دينه، لقوله[1] عليه السلام: **(إذا جاءكم مَن ترضون دينه وهديه فزوجوه، وان كان عبداً أسود أجْدع اجْذم)** وإذا لم يكن كذلك فالنكاح مردود قبل البناء وبعده، ويعاقب الناكح والمنكح والشهود.

فائدة: الفرق بين النسب والحسب: أن النسب يرجع الى الآباء والأمهات، والحسب الى المراتب[2] والصفات الكريمَة، مأخوذ من الحساب، لأن العرب كانت اذا تفاخرت حسبت مآثرها فتقول أضفنا[3] بني فلان، وأجَرنا بني فلان، وحملنا[4]، وفعلنا، فسمي ذلك حَسَباً.

الوصف الرابع: كمال الخِلقة، وفي **الجواهر:** يؤمر الولي باختيار كامل الخلق، لقول عمر رضي الله عنه: لا يزوج الرجل وليته للقبيح الذميم، ولا الشيخ الكبير، فإن كان النقص يضر كالجنون والجذام، أو يؤدي الى نقص الوطء كالعيوب المثبتة للخيار، أبطل[5] الله الكفاءة وكان لها رد النكاح، والا فلا.

---

(1) رواه الترمذي في النكاح، باب في الأكفاء، عن ابي حاتم المزني، وعن ابي هريرة، وليس فيه: وان كان عبداً الخ ولفظه بتمامه: اذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فأنكحوه، الا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد، قالوا يا رسول الله: وان كان فيه؟ قال: اذا جاءكم الخ ثلاث مرات. ولم اجد لفظ المؤلف.

(2) د المناقب.

(3) ي: اصْغرا.

(4) د: وحمينا، وفعلنا، وجعلنا.

(5) د بطل الكفاة.

الوصف الخامس: المال، وفي الجواهر: العجز عن حقوقها يوجب مقالها ، وكذلك القدرة على الحقوق، لكنه يؤديها في مالها ، وأما غير ذلك فظاهر الكتاب:[1] ليس لها مقال لقوله[2] عليه السلام: (مال الرجل حسبُه) وقيل: لا ، لعدم المعرة، ورُوي عن ابن القاسم: اذا خالف الولي المرأة في خاطب أمره السلطان (بتزويجها[3] منه، إن كافأها في القدْر والحال والمال، إن رأى منعه عضلا ، فان ابى زوجها منه السلطان) قال عبد الملك: على هذا القول اجمع اصحاب مالك.

تنبيه، قال: الكفاءة حقها وحق الأولياء ، فاذا اتفقت معهم على تركها جاز ، وقاله الأئمة، لتزويجه عليه السلام ابنته لعلي رضي الله عنه، والفرق بين أبيها وأبيه معلوم، ولا مكافيء له في الثقلَيْن[4]، وتزوج سلمان وبلال وصهيب وغيرُهم من الموالي والعجم العربيات العليات، ولم ينكر ذلك عليهم فكان اجماعا ، ولم يخالف في ذلك الا الإمامية[5].

فرع

قال في الكتاب: اذا رضي الولي بعبد ومن ليس بكفوءٍ فزوجه، ثم طلق فامتنع الولي منه بعد ذلك، لم يسمع منه، ويؤاخذ باعترافه اولا أن زواجه مصلحة، إلا ان يظهر على خلاف ما علمه منه أولا .

---

(1) (ليس) سقطت من الاصل.

(2) هو بمعناه في جامع الترمذي كتاب التفسير سورة 49 ، ورواه ابن ماجة في الزهد، واحمد في (المسند 15/5) عن سمرة بن جندب بلفظ: الحسب المال، والكرم التقوى صححه شيخنا الألباني في (صحيح الجامع الصغير).

(3) ما بين القوسين سقط من ي.

(4) د التلقين، وهو تصحيف.

(5) د الامية، وكانت في الأصل: الامامة والصواب: ما اثبتنا، والمراد: الشيعة الإثنا عشرية.

تفريع

قال اللخمي: العربي كفوء للشريفة فإنهُ لا يشينها، اما ، بربري والمولى فكفوء إن كانت فقيرة، لأن النسب ساقط مع الفقر عادة، وأما الغنية: فإن كانت عادة بلدها عدم المعرة بذلك، وإنما هو من باب الأولى، زوجت، والا فالقول قول الممتنع من الأب او ابنته، وأما العبد: فمعرة للغنية والفقيرة، فإن اجتمع عليه الأب والابنة ولا عَصبة لها زوجت إن كانت رشيدة بكراً أو ثيباً، فإن كانت سفيهة ولها عَصبة قريبة فلهم منعُها دفعاً للمعَرة، وينظر في هذا الباب الى عادة أهل كل بلد فيحملون عليها.

الفصل الثاني: في الولاية، وهي عندنا وعند الائمة شرط إلاَّ (ح) في الرشيدة محتجاً بقوله تعالى: ﴿أَنْ يَنْكِحنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾ (البقرة: 232) وقوله: ﴿حَتَّى تَنْكِحَ زَوجاً غَيْرَهُ﴾ (البقرة: 230) فاضافه سبحانه إليها دون الولي. وقوله[1] عليه السلام: (الأيِّم أحق بنفسها) قياساً لبضعها على مالها، والجواب عن الأول والثاني، قد تقدم في عَقد المرأة على نفسها، وعن الثالث: انه قد روي:[2] الثيب، فتكون هي المرادة جمعاً بين الروايتين، وهي عندنا لا تجبر، بل لفظة (أحق) بصيغة تفضيل تقتضي المشاركة في اصل الحق. فمنها: الإذن في نفسها. ومنها: العقد، وفعله موقوف على فعلها وَهي أتم، وعن الرابع: الفرق بلزوم المعرة على الأبد للولي ولها بوضعها نفسها في غير كفوء بسبب غلبة شهوتها على عقلها،

(1) مسلم في النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق، والبكر بالسكوت، عن عبد الله بن عباس، ورواه مالك في (الموطأ).

(2) لم اجد هذه الرواية باللفظ، وفي معناها رواية ابي داود والنسائي في النكاح من سننيهما عن ابن عباس مرفوعا: ليس للولي مع الثيب أمر، واليتيمة تستأمر.

بخلاف المال، واذا قلنا باشتراطها، فهل يكفي أي ولي كان أو لا بد من تقديم الولاية الخاصَّة على مراتبها على الولاية العامة، قال صاحب[1] المفهم: قولان لمالك، ثم هي على المذهب قسمان: خاصة للقرابة الولاء والملك، وعامة للإسلام، وفيها ثمانية أبحاث.

البحث الأول: في الأسباب المفيدة لها، وهي تسعة: **السبب الأول**: الأبوة، وهي اعظمها، لأن مزيد شفقة الأب على القرابات يوجب من سَداد النظر ما لا يهتدي اليه غيره غالبا، لا جرم اختص الإجبارُ به بأحد[2] علتين: الصغر او البكارة، فيجبر الصغيرة وان كانت ثيباً، والبكر وان كانت بالغاً، وبالإجبار قال (ش) وابن حنبل خلافا لـ (ح). وجوز للولي تزويج الصغير والصغيرة كان أباً أو غيره، ولا خيار لهما بعد البلوغ[3] ان كان العاقد أباً أو جداً لِمزيد شفقتهما، ولهما الخيار بعد البلوغ مع غيرهما، ولا تجبر الثيب البالغ عندنا لعدم العلتين، وفي البكر المعنسة روايتان، نظراً للبكارة وعدم مباشرة الوطء، أو يقال: طولُ عمرها يفيدها بالسماع، ما يحصل من الاستمتاع، وفي الجواهر: قال (ابن القاسم):[4] سنها اربعون، وروى ابن وهب: ثلاثون، وفي المنتقى: خمسة وأربعون، ونقل غيره: خمسون، وحيث قلنا بالإجبار، فيستحب الاستئذان جمْعا بين المصالح، وفي المنتقى: لا يلحق الجد بالأب عندنا خلافا لـ (ش) لأن الأب يحجبه في الميراث فلا يُجبِر، قياساً على الأخ.

---

(1) هو ابو العباس احمد بن عمر الأنصاري القرطبي المتوفي سنة 656 هـ والكتاب المشار اليه هو شرحه لمختصره لمسلم. واسمه: (المفهم، لما اشكل من تلخيص كتاب مسلم). يوجد بعضه مخطوطا.

(2) د لأحد

(3) ي: بلوغها.

(4) سقطت من د.

تفريع

في الكتاب:[1] يجوز تزويجه الصغيرة بأقل من مهر المثل على وجه النظر، واذا طلقت البكر قبل البناء أو مات عنها: فولايته على حالها،[2] فإن بَنَى بها انتفى الإجبار، وتسكن حيث شاءت إلا ان يُخشى سوء حالها فيمنعها الأب وغيره من الأولياء، والزنا لا يسقط الإجبار خلافاً لـ (ش) لأنه يوجب مزيد الحيَاء المانع من التصريح بمصالح النكاح، وبخلاف التزويج الحرام للحوق[3] الولد وسقوط الحد، فآثار التزويج موجودة، وفي المقدمات: اذا زنت أو غصبت قيل: كالبكر مطلقا، وقيل: كالثيب مطلقا، وقيل: كالبكر في الاكتفاء بالصمت، وكالثيب في اشتراط الرضا، قال ابن يونس: قال عبد الوهاب: الزمت في المناظرة اذا تكرر منها الزنا حتى تجاهرَ به فالتزمت التسوية، وفي الكتاب: إن دخل بها ثم فارقها قبل المسيس سقط الإجبار لمعرفتها بمصالح النكاح بسبب الخلطة إن كان ذلك سنة ونحوها، والقُرب ملغًى، وان تنازعا في الوطء نظر الى قريب المدة وبعيدها، قال ابن يونس: قال ابن حبيب: للأب تزويجها بربع دينار، وصداق مثلها الف دينار، من فقير، وضرير، وعلى ضرة، وغير الكفوء إلا مجنوناً مخوفاً، أو أبرَص قبيحاً، أو مجذوما مقطعا، ففي هذه الثلاثة لها المقال، وتسقط ولايته عنها، قال[4] مالك: ولو رجعت ثيبا بالنكاح قبل البلوغ ثبت الجبر لعلة الصغر عند ابن القاسم خلافا لـ (ش)، وقالَ سحنون: يُجبرها وان حاضت، لأن البلوغ لا يسقط الإجبار بدليل البكر،

---

(1) (يجوز) سقطت من ي.

(2) ي: مالها، وهو تصحيف.

(3) ي: بلحوق.

(4) د قاله

وروي في الطويل المُزيلِ للإجبار: لا يُحد بسَنَةٍ بل بالعادة، وفي الجواهر: لا أثر للتسوية[1] بزوال البكارة بالسقطة ونحوها.

فرع

قال: اذا التمست الثيب البالغ التزويج وجبت الإجابة، وان ثَبَتَ[2] الإجبار، ولا يكون الأب عاضلا بِرَد خاطبين في ابنته البكر، وغيره عاضلاً برد كفوء، والكفوء الذي تعينه المالكة لأمرها أولى مما عينه الولي.

تفريع

في التلقين: للأب إنكاح صغير الذكور، وكذلك الوصي والحاكم، وقال اللخمي: وأما الذكران: فللأب اجبار الصغير، وقاله (ح) خلافا لـ (ش) عملاً بما يظن من شفقة الأبوة من تحصيل المصالح، وأختار[3] في الكتاب: تزويج الكبير استقلالا، ومنعه في كتاب محمد، لأن الغالب عليه الرشد إذا بلغ، فتصرفُه لنفسه اولى، وقال ايضا: له ذلك اذا زوجه من ذات شرف، أو ابنة عم، وأجاز ابن القاسم إجبار البالغ السفيه، قال: ومنعه عبد الملك، واستحب مالك عدم تزويج المغلوب على عقله لعدم انتفاعه به.

وللسفيه أربع حالات: إن خشي الفساد وأمن الطلاق وَجَبَ الإنكاح، وان أمن الفساد والطلاق أبيح إلا ان يدعو اليه فيجب،[4] وان خشي

---

(1) (للتسوية) مكانها بياض ي.

(2) د: يثبت.

(3) د: واجاز

(4) ي: فيجيب.

الطلاق وأمن الفساد حرم لما فيه من تضييع المال، دعي الى ذلك أم لا، إلا أن يكون الصداق يسيراً، وان خشي الفساد وقدر على حفظه فعل، ولم يزوج، وان عَجّز زوجه بعد التربص، وأما المجنون إن لم يفق[1] لم ينفذ طلاقه، وان خشي فساده زوج، والا فلا.

فرع

قال صاحب البيان: إذا زوج ابنه الكبير غائباً عنه ذاكراً أنه بأمره فقدم فأنكر: قال ابن القاسم: يحلف ولا صداقَ على الأب، فإن مات قبل القدوم وعلم رضاء[2] ورثته، ولم يذكر اليمين في المدونة، قال: وهو الصواب، لأن النكول لا يوجب حكما:، وقال ربيعة: يلزمه نصف الصداق وإن لم يضمنه، وقال محمد: لا يلزمه إلا أن يضمنه، والخلاف مبني على أنه يفسخ بطلاق أم لا ؟.

فرع

قال: إذا زوجها غيرُ أبيها فيقدم فيعترف بالوكالة: قال أشهب: لا يصدق الا فيمن لا يزوجها غير الأب لفساد[3] العقد في البكر لعدم الأب.

---

(1) ي: ان لم يبن.

(2) (رضاء) مكانها بياض ي.

(3) د: والفساد العقد، وهو تحريف.

فرع

قال: اذا مات الأب فادّعت أنها يتيمة عنده ليست ابنته، ولا بينة للزوج بتَعيينها، وإنما سمع من الأب أن له ابنة، قال ابن القاسم: لا يلتفت الى قولها، وقال سحنون: بل البينة على من ادعى، واليمين على المنكر.

فرع

قال ابن يونس: قال محمد: اذا اشترط على الصغير شروط فأجازها وليه، أو زوجهُ وليه بها سقطت، لأن ذمته لا تقبَل إلا أن يلتزمها بعد البلوغ، قال ابن القاسم: فإن علم بها قبل الدخول (خير[1] في الدخول والفسخ) ودخل، لزمته، لأن ذلك رضاً، وإن علم وكره خيّر بينها وبين الطلاق مع نصف الصداق، وقال: إن علم قبل الدخول خير في الدخول أو الفسخ، ويسقط الصداق عنه وعن أبيه إن اختار الفسخ. إلا أن يكون يوم زوجه لاَ مالَ له، قال محمد: وهذا أحب الينا إلا أن ترضى المرأة بإسقاط الشرط فيثبت النكاح على ما احب الزوج أو كره، قال محمد: وإن لم يرده الولي حتى كبر مضى.

فرع

قال صاحب البيان: إذا صرح بعدم النفقة من مال السفيه أو اليتيم حتى البلوغ أو الرشد، فسد العقد اتفاقا، ولو صرح بثبوتها في مالها لَجاز اتفاقا، فإن أهمل فقولان لمالك وأكثر اصحابه، نظراً الى حمل تصرف

---

(١) ما بين القوسين سقط من ي، ولعله مكرر.

العاقل على الصحة حتى يدل الدليل على البطلان، وهو القاعدة المشهورة، أو البيان شرط ولم يوجَد. وعلى القول بالفساد إذا[1] دخل: قال ابن القاسم: صح، والنفقة على الزوجة، ولها صداق مثلها[2]، ولو كان الزوج كبيراً واشترط النفقة على (الزوجة ولها صداق مثلها، وان كان الزوج كبيراً واشترط النفقة على)[3] غيره، قال مالك: يفسخ قبل البناء إلا ان ترضى المرأة بالنفقة على الزوج، ويثبت بعد البناء والنفقة على الزوج.

فرع

في الجلاب: إذا زوجه أبوه ولا مال له فإن[4] الصداقَ على الأب ولا ينتقل إلَى الابن بيُسرِه، لأن قرينة الإعسار (مع)[5] مزيد شفقة الأبوة لَتقتضي التزام ذلك في ذمة الأب وله مال، فالصداق عليه، ولا ينتقل الى الأب بعُسرِه، لأن الأصل وجوب العوض على مستوفي المعوض، فإن أيسر الابن عند العقد وأعسر عند الدخول فهو ديْن عليه، قال الأبهري: فإن امتنعت المرأة من التسليم حينئذ لا يلزمها الا بعد أخذ الصداق، فإن شرطه الأب على نفسه في الصغير أو السفيه لزمه مطلقا.

فرع

في الكتاب: اذا بلغ الغلام ذهب حيث شاء لا يمنعه أبوه إلا ان يَخاف سفهاً، فإن زوجه وهو غائب أو ابنته الثيب فرضيا بفعله لم يجُز،

(1) ي: واذا.

(2) ي: وان كان.

(3) ما بين القوسين سقط من د

(4) ي: فلا صداق. وأحسبه تحريفا.

(5) (مع) سقطت من ي، ولا بد منها.

لأنهما لو ماتا لم يتوارثا، فإن زوجه وهو حاضر ساكت فلما فرغ الأب، قال: لم أرض، صُدق مع يمينه، لأن الأصل عدم الرضا، قال ابن يونس: فإن نكل لزمه النكاح، وحكي عن أبي محمد: ان اليمين استظهار، ولا يلزمه بالنكول شيء، وقال غيره: إن نكل طلق عليه، ولزمه نصف الصداق، قال مالك: فإن رضي بالنكاح وهو كبير في عياله وقال: لا أغرم من المهر شيْئاً أردته[1] عليك، لا يكون على واحد منهما، ويفرق بينهما بعد أيمانهما، قال ابن القاسم: إلا ان يكون قد دخل فيبرأ الأب بحلفه ويغرم الإبن وان كان عديماً، إلا ان يكون الابن ممن يلي عليه فيكون على الأب، إلا أن يكون ممن يلي عليه فيكون على الأب إلا أن يكون له مال.

السبب الثاني: في خلافة[2] الأبوة، وهو الوصي وهو عندنا كالأب، وقاله ابن حنبل ان عين الزوج، ومنع (ش) و(ح) ولايته في البضع مطلقاً، لأن المعنى الذي أثبت الشرع ولاية القرابة منفي عَنه، وهو الشفقة الجلية. والغيرة الطبيعية، ولأنه لو كان للأب أن يستخلف فيما له من الولاية حال حياته بعد وفاته، لكان له ذلك في الثيب، وليس فليس،[3].
والجواب عن الأول: أن شفقة الأب تمنع من استخلاف مَن لا يوفي بمقاصد اشفاقه، واذا حصلت مقاصد الإشفاق فهو كمباشرة المشفق، وعن الثاني: أن الأب[4] في الثيب كسائر الأولياء في عدم الجبر والتحكم عليها في مصالحها، غايته: أنه مقدم على غيره كتقدمة الأخ على العم، فكما أن تقدمة الأخ لا توجب له نفوذ وصيته، فكذلك الأب في الثيب بخلاف الصغيرة، حقه فيها متمكن بدليل الخبر، فكان الاستخلاف فيه، (فظهر

(1) (اردته) مكانها بياض في ي.
(2) د: خلافة
(3) (فليس) مكانها بياض في ي
(4) ي: الابن، وهو تحريف.

الفرق، ويؤكده: أنه حق للأب في حياته، فيكون له الاستخلاف فيه)[1] بعد وفاته كالمال.

وفي الكتاب: للوصي تزويج البكر البالغ برضاها وإن كره الولي، فإن عقد وليها برضاها لم يجز إلا أن يرضى الوصي، فإن اختلفوا نظر السلطان، ووصي الوصي كالوصي وان بعد في البكر، وقال يحي بن سعيد: الوصي أولى من الولي، ويشاور الولي، قال مالك: والوصي في الثيب كالولي لاستقلالها بنفسها، وليس لأحد تزويجها قبل البلوغ إلا الأب دون الوصي وغيره، وللأب والوصي تزويج الصغير، ويوكلا في ذلك بخلاف غيرهما، والمرأة الوصي لا تلي العقد لنقصها عن مرتبة ذلك، لكن توكل رجلا بعد بلوغ الصبية ورضاها، وقبل ذلك فلا، قال اللخمي: الإجبار للآباء ولمن اقاموه في حياتهم أو بعد وفاتهم اذا عين الأب الزوج، فإن فوضه إليه فله الإجبار ممن يراه قبل البلوغ وبعده على المعروف من قول مالك، ومنع عبد الوهاب إجباره لاختصاص الأب بمعنى لا يوجد في غيره من مزيد الشفقة، واذا زوج الوصي صغيرة من غير حاجة فسخ، فإن بلغت قبل النظر قيل: فاسد، وإن رضيت به لوقوعه على خلاف المشروع، ويفرق بينهما إلا أن يطول بعد الدخول، (وقيل: جائز يتعلق به حقها، إن اسقطته سقط. وان ردته بطل إلا ان يطول بعد الدخول)[2] أو يدخل بها عالمة بالخيار، قال ابن القاسم: ولم يبلغ مالك بها قطع الميراث، وأرى ان يتوارثا لإجازة أكثر الناس له، وفي الجواهر: قال عبد الملك: لا يزوج وصي[3] إلا ان يكون وليا إنما هو وكيل في المال، لأن المعنى الذي لأجله اثبت الشرع ولاية القرابة مفقود فيه، وهي الشفقة الجلية. قال صاحب التلخيص: إن أوصى من غير بيان فلا يزوج الإناث قبل البلوغ ولا بعده

---

(1) ما بين القوسين سقط من ي.

(2) ما بين القوسين سقط من ي.

(3) ي: وصيا، وهو خطأ.

دون استئمار على المشهور، وله تزويج الذكور قبل البلوغ وبعده دون اذن، كانت الوصية مطلقة أو مفسرة، قال صاحب البيان: قال مالك: اذا قال: فلان وصي فقط، أو وصي على بُضع بناتي أبكارا كن أو ثُيباً، فهو بمنزلته في تزويجهن قبل البلوغ وبعده، وان قال: على مالي، فالقياس انه معزول على[1] الأبْضاع، قال ابن يونس: قال مالك: اذا قال الأب للوصي: زوجها من فلان، أو ممن ترضاه، أو زوجها، فله ذلك قبل البلوغ كالأب، فإن قال: فلان وصي فقط، أو على بُضع بناتي، أو على تزويجهن، امتنع قبل البلوغ وقبل رضاهن، قال أصبغ: ولو وصاه (بزواج فاسق لم يجز، لأنه ليس للأب حتى ينتقل للوصي، ولو قال: زوجها من فلان بعد مدة)[2] وفرض صداق مثلها، فذلك لازم إذا طلبه المعين، ويحكم به ولو كره الوصي، إلا أن يتغير[3] حاله من الجودة الى الدناءة فله مقال، وليس لها[4] مقال، بسبب إنه صار له زوجات أو سراري.

فرع

في الكتاب: للوصي إنكاح إماء اليتامى وعبيدِهم على وجه النظر.

فرع

قال ابن يونس: إذا قال: ان مت من مَرضي فقد زوجت ابنتي من ابن اخي، قال سحنون: إن قيل: ابن الأخ بالقرب، جاز، ومنعه ابن القاسم، لأنه نكاح الى اجَل، كما لو قال: إذا مضت سَنَةٌ فقد زوجتك

---

(1) كذا في النسختين، والصواب: عن.

(2) ما بين القوسين سقط من ي.

(3) ي: يتعين، وهو تصحيف.

(4) ي: له.

ابنتي فلانة، وأجازه اشهب، قال صاحب البيان: ولا يجري هذا الخلاف في قول الرجل في جاريته المعتقة: أشهدكم أني قد تزوجتها على صداق كذا وهي غائبة، ولا يفرق فيه بين القرب والبعد، لأنه نكاح انعقد[1] على خيار من أصله لاتحاد الولي والزوج، كما لو زوج ابنته الثيب الغائبة، وأعلم الزوج بعدم الإذن، بل لا يجوز[2] هذا وان رضيت بعد ذلك، وقد قال ابن القاسم: إن تطاول لا يفسخ، مراعاة لِلخلاف، فإن مات بعد ولادة الأولاد ورثته عند ابن القاسم، وكذلك لو مات بعد الأيام، بعد يمينها أنها رضيت قبل الموت.

فرع

قال صاحب البيان: قال ابن القاسم: الذي يكون في حجره اليتيم له مال يزوجه لابنته: إن كان سداداً لليتيم جاز والا فلا، وهو محْمول على غير السداد حتى يُعلم السداد، لأنه متهم، قال مالك: لا احب للوصي أن يزوج يتيمتّه من نفسه ولا من ابنه.

السبب الثالث: العُصُوبة، كالبنوة، والجدودة، والعمومة، واخوة الشقاقة، واخوة الأب، ولا ولاية لذوي الأرحام، وهم أخ الأم، وعم الأم، وجد الأم، وابناء الأخوات، والبنات، والعمات، ونحوهم ممن يدلي بأنثى، لأن الولي[3] شرع لحفظ النسب، فلا يدخل فيه الا من يكون من اهله، وخالف (ش) في البنوة، لقوله[4] عليه السلام: (أيما امرأة نكحت

(1) ي: العقد، وهو تصحيف.

(2) د بل يجوز، وهو تحريف.

(3) د: الولا.

(4) ابو داود في النكاح، باب في الولي، والترمذي في النكاح، باب ما جاء لانكاح الابولي، عن عائشة، وهو صحيح، وله الفاظ.

نفسَها بغير اذن مواليها فنكاحها باطل) وابنها ليس من مواليها، ولأنه يدلي بها فلا يزوجها، كتزويجها لنفسها، ولأن أباه لا يلي فلا يلي كالخال وابنه، والجواب عن الأول: أنه روي بغير إذن وليها، وهو وليها، لأن الولاية من الولاء، من قولنا: هذا يلي هذا، وابنها يليها اكثر من غيره، لأنه جزؤها فيكون وليها، وهو المراد في هذه الرواية جمعا بين الأدلة، وعن الثاني: الفرق بين قُوة عقله ونقص عقلها، وعن الثالث: أنه جزء منها فيتعلق به عارها، بخلاف ابيه وابن الخال، ويؤيد قولَنا قولُه[1] عليه السلام لعُمَر بن ابي سَلَمة، قُم فزوج أمك. وزوج انس بن مالك امه بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه احد، ولأنه متقدم على العصبات في الميراث فيقدم في النكاح.

تفريع

في الجواهر: لا تعتبر ولاية العصبة الا في البالغة العاقلة الراضية الآذنة بالتصريح ان كانت ثيباً، أو بالسكوت إن كانت بكراً، واستحب مالك ان يعرف أن اذنها صماتها احتياطاً في أمرها، قال التونسي: يقال لها ثلاث مرات: إن رضيتِ فاصمتي، وإن كرهتِ فانطقي، لقوله عليه السلام في مسلم:[2] (الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأمر، واذنها صماتُها) وهو يدل على ان الثيب اذنها نطقها بمفهومه.

(1) احمد في (المسند 295/6 و314) عن ام سلمة، وضعفه ابن حزم في (المحلي 457/9) لمجهول في سنده، وذكره شيخنا احمد بن الصديق في (الهداية، في تخريج احاديث البداية) 385/6 وصحح اسناده غافلا عن المجهول فيه، وهو ابن عمر بن ابي سلمة، وقال الشوكاني في (نيل الاوطار) في النكاح: لا اصل له، يعني بهذا اللفظ.

(2) في النكاح. باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق، والبكر بالسكوت، عن ابن عباس.

فرع

قال: اذا تقدم العقد على الإذن فأقوال: ثالثها: في الكتاب: ان يعقبه الإذن على قرب جاز والا فلا، (قال عبد الوهاب: والصحيح البطلان مطلقا لفقد الإذن وهو شرط)،[1] قال صاحب البيان: ويكوف الفسخ بطلاق، وهل يتوارثان ان مات أحدهما قبل الفسخ؟ قولان لمالك، والمشهور في رضاها بالقرب: الجواز، وانما جاز هذا الخيار لأنه أدى إليه الحكم دون العقد، فلو اعلم الولي الزوج بعدم الإذن: قال مالك: يبطل العقد لدخولها على الخيار، وقيل:[2] يجوز، لأن الحاضر له مندوحة عن الخيار بخلاف الغائب وهو أعذر.

فرع

في البيان: ولا يجوز تزويج اليتيمة المميزة لمصالحها كارهةً اتفاقا، فإن زوجت من غير حاجة: فستة أقوال، قال ابن حبيب: يفسخ ولو ولدت الأولاد ورضيت لعدم الشرط، وقال ابن القاسم: لا يفسخ لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَى﴾ (النساء: 3) معناه: ألا تعدلوا في تزويجهن، وهو دليل جواز العقد عليهم قبل البلوغ، لأن مَنْ بلغ لا يقال له: يتيم، وقال أصبغ: يفسخ بعد الدخول إلا ان يطول وتلدَ الأولاد بخلاف الولد الواحد والسنتين، وهَل تُخَيِر إذا بلغت ما لم يطل الأمر بعد الدخول لأنه حق لها؟ وقال مالك: يكره، فإذا وقع لم يفسخ، وقال أصبغ:

---

(1) ما بين القوسين سقط من ي.

(2) ي: لا يجوز.

إن شارفت[1] الحيض لا يفسخ، واذا قلنا بالفسخ فطلق الزوج قبْله لزمه جميع الصداق بالدخول، والميراث بالموت.

فرع

في الكتاب: إذا أذنت لولي[2] فزوجها من رجل ففعل فأقرت بالإذن وأنكرت انه زوجها ثبت النكاح إن ادعاه الزوج، وكذلك الوكيل في بيع سلعة، ولو أذنت له في قبض الصداق والعقد وقبضه فتلف فهو[3] كالوكالة على قبض الديْن ثم يتنازع في القبض، فإذا أقام الزوج أو الغريم البينة صدق الوكيل في التلف والاّ ضَمنا، ولا شيء على الوكيل لتصديقه في الوكالة، وأما الوكيل على البيع يدعي قبضَ الثمن والضياع: يصدق، لأن الوكالة على البيع وكالة في قبض ثمنه بخلاف الوكالة على عقد النكاح، ولا يلزم الزوج الدفع اليه، فإن فعل ضمن.

فرع

في البيان: اذا أنكرت الرضا والعلم: فثلاثة اقوال: قال ابن القاسم: ان كانت أسبابا ظاهرة كالوليمة ونحوها حلفت انها ما علمت ان تلك الأمور لها، ويبطل النكاح، وإن نكلت لزمها النكاح، والا فلا تحلف، وقيل: لا تحلف مطلقا، لأنها اذا نكلت لا يلزمها النكاح، وقيل: تحلف رجاء الإقرار، فإن حَلَفَت بطل النكاح، وان نكلت لم يلزمها شيء.

---

(1) ي: شابهت.

(2) د: لوليها.

(3) ي: قبلت مهر، وهو مصحف.

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

فرع

قال: فإن اذنت لوليها بشروط، وأشهدت عليه فزوجها بدونها: قال ابن القاسم: تخير في الفسخ قبل البناء.

فرع

في الكتاب: اذا قالت لوليها: زوجني ممن أحببت، فزوجها من نفسه أو من غيره، لم يجز حتى يعين له الزوج، ولها الإجازة والرد، لأن رضَاها شرط، وهو بالمجهول متعد،[1] قال ابن القاسم: ولو زوجها من غيره صح، نظراً لعموم اللفظ، أو من نفسه فرضيت جاز، وان لم يكن لها ولي فزوجها القاضي من نفسه، أو من ابنِه جاز، وان كان لها ولي ولم يكن فعل القاضي ضرراً فلا مَقَالَ لها.

فرع

في الجواهر: البلوغ المعتبر في تزويج العصبة: الحيض، قال ابن حبيب: أو بلوغ ثماني عشرة سنة، وفي الإنباتِ قولان، قال ابن حبيب: فإن زوجت به فسخ، قبل البناء وبعده، واختاره محمد.

السبب الرابع: الولاء، لقوله[2] عليه السلام: (الولاء لحمة كلحمة

---

(1) د: متصدق.

(2) رواه الدارمي في (السنن) في كتاب الفرائض بهذا اللفظ، والشافعي رقم 1232 والحاكم في (المستدرك 341/4) وصححه وتعقبه الذهبي، ورواه البيهقي في (السنن الكبرى 292/10) وله طرق منها عن علي بن ابي طالب بسند صحيح، وصححه شيخنا الألباني في (ارواء الغليل 114/6).

النسب)، وفي الجواهر: المولى الأعلى كالعصبات عند عدمها، فإن كان المعتق امرأة استحلفت رجلا، ولا ولاء للأسفل على الأعلى، لأن الولاية سبب تصرف واستيلاء على المولى عليه، ولا يناسب الاستيلاء المنعم عليه، وقيل: له الولاية تسويةً بين النسب والولاء، قال ابو عمران: وليس بشيء.

فرع

في الكتاب: من اعتق صغيراً أو صغيرة لم يجز عقده عليهما حتى يبلغا، لأن ولاية الإجبار خاصة بالآباء والملاك.

السبب الخامس: التولية، لقوله[1] عليه السلام: (أيُّما امرأة نكحت نفسها بغير اذن وليها فنكاحها باطل، فإن اشتجروا فالسلطان ولي مَن لاَ ولي له) وفي الجواهر: انما يزوج السلطان البالغة عند عدم الولي أو غيبته أو عضله، ولا يزوج اليتيمة حتى تبلغ، قال الاستاذ ابو بكر: هو الصحيح من المذهب، وقال عبد الوهاب: هو أظهر الروايات، وال ي عليه الفتيا على اي وجه كانت، واليه رجع مالك. لما يروى[2] عنه عليه السلام: (لا تزوج اليتيمة حتى تبلغ) وروي: أن جلة الأولياء يزوجونها، ولها الخيار إذَا بَلَغت، وروي إن دعتهَا حاجة وضرورة، ومثلها يوطأ، ولها في النكاح مصلحة جاز، لأن التأخير انما هو حق لها، قال ابو الطاهر: ولا خلاف بين المتأخرين في التي يُخشَى عليها الفساد أنها تزوج، واذا فرعْنا على المنع، فروي: يفسخ، وان بلغت ما لم يدخل، وقيل: ينظر فيه الحاكم، وقيل: الخيار لها بعد البلوغ، ومنشأ الخلاف: تردد الفائت بين حق الله وحقها.

---

(1) تقدم تخريجه.

(2) رواه ابن ماجة عن ابن عمر في قصة زواج ابنة عثمان بن مظعون في النكاح، ورواه احمد بمعناه في المسند، ورجاله ثقات كما قال الهيثمي في (مجمع الزوائد 480/4) وضبط: تبلغ بفتح الباء واللام المشددة، أي تستأمر وتستأذن..

السبب السادس: الملك، لأن الرقيق مال، وللسيد إصلاح ماله بما يراه من تزويج وغيره، رضي الرقيق أو كره، كسائر وجوه التصرف، وفي الجواهر: للسيد إجبار العبد والأمة ولا تخير لهما، وقاله (ح) خلافاً لـ (ش) في العبد. لنا: قوله تعالى: ﴿وأَنكِحُوا الأَيَامَى مِنكُمْ﴾ (النور: 32) وقياساً على الأمة بجامع المالية، وقياساً على الإجارة، قال ابن يونس: قال مالك: وليس له اضرارها بتزويجها ممن يضر بها، وفي الجواهر: يزوج أمته الكافرة ورقيق الطفل الذي تحت نظره بالمصلحة، وأمة المرأة يزوجها وليها.

فرع

في البيان إن زوجها أجنبي[1] وطلقها الزوج قبل العلم فإنه مفسوخ، قال مالك وابن القاسم: ان كان الطلاق ثلاثا لا تحل له الا بعد زوج، ومثله في المدونة. وفي الجواهر: لا يجبر من بعضه (رقيق لتعدي التصرف الى غير الملك، ولا يجبر مالك بعضه)[2] على تزويجه وان منعه ضراراً تغليباً لمصلحة المال، ومن فيه عقد من عقود الحرية: في إجباره اربعة اقوال: ثالثها: التفرقة بين الذكور فيجبروا لقدرتهم على الحل بالطلاق دون الإناث، ورابعها: التفرقة بين من يقدر على انتزاع ماله فيجبر لقوة التصرف، ومن لا فلا، والمنع لمالك وابن القاسم.

(1) (اجنبي) كذا في د وها ساقطة من ي.

(2) ما بين القوسين سقط من د.

فرع

في الكتاب: كره مالك له تزويج أم ولده، فإن فعل لم يفسخ، لأنه انما كره لدناءة المرؤة، وهو خارج عن العقد، قال صاحب البيان: كان مالك يقول: له اجبار ام ولده، ثم رجع عنه لقوة الحرية وعدم المالية.

فرع

في البيان: اذا تزوج[1] أمة أم ولده لا يكون ذلك انتزاعا من أم الولد بل إصلاحا لِمّا لها.

فرع

قال ابن يونس: إذا باشرت الأمة العقد بنفسها لم يجز بإجازة السيد لفساده بعدم الولي، فإن وكلت غيرها فروايتان: البطلان لأن السيد يزوج بالملك، وهذا انما زوج بالتوكيل، فلا يقوم أحدُهما مقام الآخر. وفي الكتاب: الجواز ان أجازه السيد، كنكاح العبد بغير اذن سيده، قال الأبهري في شرح المختصر: وروي عن مالك: (الأمة والعبد)[2] سواء في إجازة السيد اذا باشر العقد كقول (ح).

---

(1) إذا زوج ام ولده.

(2) سقطت من ي.

فرع

قال: فلو اشترى أمة ممن يعلم أنها ليست له فوطئها حُد ورق ولده لسيدها، بخلاف عقد الأمة على نفسها. وأخبرته بحريتها وهو يعلم كذبها فلا يرق الولد، ويفسخ العقد، وهذا اذا أشهد على إقراره بزواجها، وأما بعد (الاخال)[1] فلا، لأنه يتهم في إرقاق الولد لتسقط القيمة عنه، وقال أشهب: ان كان عديما اتبع ولا قيمة فيمن مات قبل ذلك ولا على الولد الموسر قيمة نفسه وان كانَ الأب عديما.

فرع

في الكتاب: اذا زوج عبده فالمهر في ذمة العبد لا في رقبته، إلا ان يُشترط على السيد، لأنه ليس جناية. وقال ربيعة: إن خطب له وسمي بعد: فعَلَى السيد لقرينة المباشرة، وان اذن له فقط فعلى العبد، وقال (ش): المهر والنفقة في كسبه، قال مالك: واذا تزوج عبد أو مكاتب بغير اذن سيده ونفذ المهر وبنى: فللسيّدِ انتزاعه، ويترك لها ربع دينار، فإن اعدمت اتبعت به، فإن اعتق العبد أو أدى المكاتب اتبعها إن عراها والا فلا، وان أبْطله السيد أو السلطان قبل العتق بطل ولم يلزمه إذا اعتق، وإن لم يعلم السيد حتى اعتق ثبت النكاح، وكل ما لزم (ذمة)[2] العبد من صَداق أو غيره لا يؤخذ من (خراجه)[3] ولا من عمل يده، ولا مما فضل في يده من ذلك لتعلق حق السيد به، بل فيما أفاده من هبة أو صدقة أو وصية، وديون المأذون له فيما في يده من كسبه من التجارة، لأن

---

(1) مكانها بياض في ي، وكذا هي في د ولم أفهمها.

(2) سقطت من ي.

(3) مكانها بياض في الأصل.

السيد سلط عليه باذنه دون خراجه وعمل يديه وتصرف فيه السيد بدينه.

وفي الجواهر: النفقة لازمة للعبد في ذمته كما تقدم في المهر حرفا بحرف، واستحب مالك في الكتاب: اشتراطها عليه بأذن سيده.

فرع

في الكتاب: اذا اشترت الحرة زوجها بعد البناء ا تبعته بالمهر، أو قبله سقط للفسخ، وفي الجواهر: إن اشترته بالمهر الذي ضمنه السيد وظهر من قصد السيد افساد النكاح لم يصح هذا القصد[1]، وان لم يظهر صح[2] وانفسح النكاح، وبقي ملكا لها إن كان دخل بها والا عاد لسيده، قاله في الكتاب.

فرع

في البيان: اذا أعتق سيد[3] الأمة ولد الزوج رجعت نفقته على أبيه، لأنه صار حرًا، إلا ان يكون الإبن[4] معدمًا أو لا أب له، لأن عتق الصغير لا يسقط النفقة الا الأب الموسر. قال: وكذلك اذا طلقها ليس له طرح ولدها من حينه حتى يجد له موضعًا، لقوله تعالى: ﴿لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةُۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦ﴾ (البقرة: 233).

---

(1) (د) الفعل.

(2) ي: فسخ، وهو تصحيف.

(3) د السيد. وهو لحن.

(4) (د) الأب. وهو تحريف.

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

فرع

قال صاحب المنتقى: للسيد تزويج أمة العبد من العبد لأنه انتزاع، ولا يجوز لأحد أن يتزوج أمته إلا هذه[1].

فرع

في الكتاب[2]: إذا اشترت الأمة المأذون لها زوجها فرده سيدها، فهما على الزوجية، واذا زوج أمته من عبده، ثم وهبها له لقصد فسخ النكاح، وان يحللها[3] لنفسه أو لغيره، لم يجز، ولا يحرم، وفي النكت: قال بعض شيوخنا: إذا قبل العبد الهبة انفسخ النكاح قصد السيد الفسخ أم لا، ولا حجة إن قال: لم أعلم قصده للفسخ، وانما يفترق القصد من غيره اذا لم يقبل.

فرع

في الجواهر: من تزوج أمةَ رجل بغير اذنه لم يجز، وإن أجازه السيد، ويفسخ وان ولدت الأولاد، لأنها جناية على مال الغير وولايته. فَهُو أعظم من التزويج بغير اذن القريب، ولو عتقت قبل العلم فسخ لتمكن الفساد، ولا ينكحها الزوج إلا بعد العدة من مائه الفاسد، وإن لحق به نسب ولدها، وكذلك إن اشتراها في تلك العدة تمييزاً بين الماء الفاسد والصحيح، وكذلك كل وطء فاسد.

(1) (د) الا هذا.

(2) سقط من (د).

(3) (د) وان يجعلها.

فرع

قال: ولا تزوج امة أو عبد بين رجلين إلا باذنهما نفيًا للجناية على حق أحدهما، فإن عقده احدهما للأمة لم يجز بإجازة الآخر، وان دخل بها، ويكون المسمى بينهما ان دخل بها، وان نقص عن صَداق المثل أتم للغائب نصف صداق المثل ان طلبه، فإن غَرَّ العاقد الزوج بقوله: هي ملكي أو هي حرة، رجع الزوج عليه بما دفعه لشريكه، ويرجع أيضا عليه بما دفعه إليه الا نصف ربع دينار. قال ابن يونس: قال ابن حبيب: اذا تزوج بإذن أحدهما فللآخر فسخ نكاحه، ويأخذ من المرأة جميع الصداق، ويكون بيد العبد مع ماله، إلا أن يتفقا على تسميته[1]. ولا يترك لها منه ربع دينار ان كانت عالمة، فإذا اقتسما اخذت من الآخر حصته من الصداق، ولو غرها الآخر ولم يعلمها رجعت بمثل الصداق عليه، ولو استهلكته اتبعها غير الآذن بجميعه، واتبعت هي الآذن بمثله، ولها اتباع العبد بجميع ما أخذ منه إلا ان يسقطه غير الآذن، قال: وقوله كله كقول ابن القاسم الا قوله: لا يترك لها ربع دينار، ففي الكتاب: يترك لها ذلك.

قال صاحب النكت: اذا زوج احد الشريكين الأمة بغير اذن الآخر فأجاز بعد البناء فله نصف التسمية، نقص على صداق المثل أو زاد، لأن إجازته رضا به، ولا بد من الفسخ، وان لم يجز فلا ينقص عن نصف صداق المثل، قال بعض القرويين: ويتخيرُ بين أخذ نصف الصداق من الشريك القابض بجملة الصداق أو الزوج، ويَرجع الزوج على الشريك المزوِّج، ولا يترك له ربع دينار، لأن ما أخذ الشريك الآخر فيه ربع دينار، وقال ابو الحسن وغيره: يترك للعاقد نصف ربع دينار، وهذا كله اذا غره وقال: هي ملكي وحدي، أو هي حرة، أما ان أعلمه فلا يرجع

(١) (د): قسمته، وهو تصحيف.

عليه، قال اللخمي: إن أجاز غير الآذن على القُرب[1]: فإن علمت المرأة بالشريك لم يرجع على الزّوج[2] بشيء، ويترك الصداق بيد العبد، وان اقتسماه رجعت على الحاضر بنصيبه، وان غرها ولم يعلمها رجعت عليه، فإن أعدم بيع لها بنصيبه من العبد، قال ابو الطاهر: اذا رضي الثاني جرى الفسخُ على الخلاف في تزويج الأجنبي الأمة، وهذا أولى، لأن له مدخلا في العقد، وان فسخ قبل البناء فلا صداق، أو بعده للعاقد المسمى، وفي الآخر ثلاثة أقواله: المثل، لأنه تفويت[3] فتتعين القيمة والمسمى، لتقديم قول الزوج عليه، والأكثر، لأنه يطالبه بالقيمة والفرض، واذا غرَّ الأول الزوج ففي رجوعه ثلاثة أقوال: بما وزن، أو به إلّا ربع دينار، او بالزائد على المسمى.

فرع

في الكتاب: لا يطلق السيد على عبده اذا عقد باذنه، وفي الجلاب: لا يمنعه الرجعة لاستلزام الإذن الأول تمكين العبد من أحكام النكاح.

تفريع

في الجواهر: لا يبطل استخدام الرقيق بالزواج استبقاءً لحق الملك، وعقد النكاح إنما يتناول إباحة الوطء بالعقد[4] الأول، ويحرم الاستمتاع على السيد ليلا تختلط الأنساب. وليس على السيد ان ينزلها[5] معه بيتًا الا

(1) (د) على الفور.

(2) (د) المزوج.

(3) (د): بقرية، وهو تحريف.

(4) (د) بالقصد.

(5) (ي): ان يؤويها.

أن يشترطه أو يكون عرفا، قاله في الكتاب، وحق السيد آكد بدليل رق الولد، وقاله (ح)، وأوجبه (ش) ليلا، وروى عبد الملك: ترسل إليه ليلة بعد ثلاث، لأنه وقت الضرورة غالبًا، ويأتيها في غير ذلك، وللسيد المسافرة بها، ولا يمنع الزوج من الخروج معها، وإن بيعت بموضع لا يصل اليها فله طلبها، وفي لزوم النفقة روايات: ثالثها: ان بوئت معه بيتًا لزمته والا فلا، وقاله (ح). ورابعها: إن باتت عنده وكانت عند أهلها نهارًا لزمه، والا فلا، وقال عبد الملك: ينفق عليها زمن تأتيه[1] دون غيره، ومنشأ الخلاف: تغليب الملك فيسقط. أو يلاحظ الاستمتاع وهو سبب النفقة في الحرائر، وحيث قلنا في النفقة: يسافر بها السيد سقط كنُشُوز الحرة.

فرع

قال: ومهر الأمة من جملة مالها ما لم ينتزعه، ولو قتلها أجنبي. أو السيد، أو ماتت لم يسقط لوجود سببه.

فرع

قال: واذا باعها لم ينفسخ النكاح، لأن البيع ينقل الأعيان على ما هي عليه من نقص وكمال، ويسلم المهر للبائع كَمالِها إلا ان يشترطه المبتاع، وحيث لم يشترط، فليس للبائع حبسها لتسليم الصداق، لأنه لم يبق له فيها تصرف ولا للمشتري، لأن المهر ليس له، فيستفيد[2] الزوج بالبيع سقوط المنع لأجل الصداق.

---

(1) (ي): يوم.

(2) ي: جيلتفبله.

فرع

قال: فلو زوج عبده من أمته فلا بد من الصداق، لأنه حق لله تعالى فقط.

فرع[1]

قال: فلو أُعتق أمته على أن يتزوج بها لم يلزمها الوفاء، أو أُعتقت بعدها على ذلك عُتق ولم يلزمه.

فرع

في الكتاب: لو زوجها السيد تفويضًا فعرض لها الزوج بعد العتق فهو لها، وللسيد أخذ صداق الأمة الا ربع دينار، لأنه حق الله تعالى.

السبب السابع والثامن: الكفالة، والإلتقاط، قال ابو الطاهر: قيل: لا ولاية لهما لعدم القرابة، وقيل: لهما، لأن الكفالة والإلتقاط يتضمنان حسن النظر، والخلاف جار في سائر التصرفات هل تقومان مقام الوصي أم لا ؟

السبب التاسع: الإسلام، وهي الولاية العامة، لقوله تعالى: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾ (التوبة: 71). وفي الكتاب: اذا وكلت الدنية ـ كالمعتقة والمسكينة ـ أجنبيا في بلد ليس فيه سلطان، أو فيه لكن يعسر وصولها إليه، ولا ولي لها، جاز، ومنْ[2] أسلمت على يديه أو أبوها لا يصير بذلك اولى من غيره، وكذلك الكافل في الدنية. ولو وكلت ذات القدر غير وليها فزوجها فرضي الولي تَوقَّف فيه مالك، وروى ابن وهب: يفرق بينهما بطلقة وان دخل بها، إلا ان يجيزَ الولي أو السلطان ان لم يكن لها ولي، وقال ابن القاسم: إن أجاز الولي بالقرب جاز، وان فسخه بالقرب انفسخ، أما بعد الطول والأولاد فلا إن

(1) (فقط (فرع) سقط من (د).

(2) (د): وإن اسلمت.. او أبيها.

كان صوابًا، قاله مالك، وقال غيره: لا يجوز، وإن أجازه الولي، قال اللخمي، فيها خمسة أقوال: الثلاثة المتقدمة، وروي امضاؤه بالعقد، وقال القاضي اسماعيل: الذي يأتي على مذهب مالك أن الدخول فوت، وفي السليمانية: يفسخ ولَوْ ولدت الأولاد.

ولم يختلف المذهب أن ولاية الإسلام صحيحة، وأن للولي منع وليته من الوقوع في المعرة، ومنشأ الخلاف: هل تقديم الولي الخاص على العام حق الله تعالى فلا تُفيد الإجازة، أوله فتفيد إجازته؟ وعلى التقديرين فهل ذلك واجب أو مستحب؟

فرع

فلو وكلت أجنبياً فزوَّجها ولها وليان أقرب وأبعد، فأجازه الأبعد ورده الأقرب، رُد، بخلاف عقد الأبعد مع وجود الأقرب انه لا يرد[1]. لأنه نكاح عقده ولي وها هنا اجنبي، فإن غاب الأقرب وأراد الأبعد فسخَه بعث إليه السلطان وانتظره إن كان الغيبةُ قريبة، والا فالسلطان يقوم مقامه في الرد والإجازة، وهو اولى من البعيد، لأنه وكيل الغائب. وفي الجواهر: اذا زوج بالولاية العامة مع الخاصة الإجبارية كالأب والسيد فسخ على كل حال، وليس للأب والسيد إجازته لقوة حق ولاية الإجبار لله تعالى، نظرًا للمولى عليه، وروي في السيد الإجازة تغليبًا لحقه بسبب المالية، وعنه رواية في الدنية: لا تجوز بالولاية العامة مع الخاصة، فإن لم تكن ولاية خاصة الا ولاية الحكم مَنع الولاية العامة ولو في الدنية، ليلا تضيع الفروج، وجوزه مرة في البادية إذا كان صوابًا، لأنه ليس كل امرأة تصل إلى السلطان، وروى ابن القاسم جوازه في الدنية، وأنكره عبد الملك

(1) (انه لا يرد) ساقطة من (ي).

إلا في العجمية الوغدة تستند إلى الرجل فيصير لها ناظرًا في مصالحها كمولاته، ثم حيث قلنا بالفسخ، فلا عقوبة عليها قبل الدخول، والفسخ بطلقة بائِنة.

فرع

قال اللخمي: اذا طلق الزوج قبل الإجازة وقع الطلاق، ويتوارثان، وينفذ الخلع بالمال، وقال محمد: إن مات ورثته، أو ماتت كان للولي منعه الميراث، وهو يفسخ على القول بأن له الرد وإن كان صوابًا.

البحث الثاني: في موانعها، وهي سبعة،

المانع الأول: اختلاف الدين، لقوله تعالى: ﴿مَا لَكُمْ مِنْ وَلَايَتِهِمْ مِنْ شَيْءٍ﴾ (الأنفال: 72). وقوله تعالى: ﴿والمُؤْمِنُونَ والمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾. وقوله: ﴿والذِينَ كَفَرُوا بَعضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾ (الأنفال: 73) مفهومه: لا يلي أحد الفريقين على الآخر، وقاله الأئمة، وفي الكتاب: لا يعقد النصراني لمسلمة، ويعقد لوليته النصرانية من مسلم إن[1] شاء، ولا يعقده وليها المسلم إلا التي ليست من نساء الجزية قد أعتقها مسلم، ولا يعقد المرتد، فإن عقد هو أو نصراني فسخ بعد الدخول، ولها المهر بالمسيس، قال ابن يونس: فإن كانت المعتقة من نساء الجزية لا يزوجها مسلم من مسلم، ولا غيره، فإن زوجها من مسلم فسخ نكاحه لعدم الولي، أو من نصراني لم يفسخ لكونه بين نصرانيين فلا يتعرض لها، قال أصبغ: اذا زوج المسلم النصرانية من مسلم لم أفسخه، لأنه افضل من النصراني، قال صاحب البيان: إن كانت من اهل الصلح لم يجز لوليها المسلم تزويجها، والا فله ذلك كان عليها جزية أو لم تكن، قاله مالك، والمنع مطلقا لابن القاسم، والجواز مطلقا إلا أن يكون لها ولي من

(1) (ان شاء) مكانها بياض في (ي).

أهل الصلح فلهم منعه، لأنه حق عِندهُم، قال ابن كنانة: لا خِلاف في المسألة، بل ان كانت الكافرة ذات جزية منع كانت من أهل الصلح أم لا، وإلا زوجها، قال ابن يونس: قال ابن القاسم: والنصرانية لا ولي[1] لها تولي مسلما، لا يعقد، وللمسلم تزويج أمته النصرانية مِن نصرانيّ لأنه من باب تنمية المال، لا من باب معاقدة الأديان، قال في العتبية: ولا يستخلف النصراني من يزوج ولا يطلب رضاه إلا ان يكون وصيًا لمسلم (وأجازه الإمام فله استخلاف مسلم، وفي الجواهر: قيل: لا يجوز العقد لمسلم)[2] على نصرانية الا من مسلم.

فرع

قال ابن القاسم: إذا تزوج الحربي ذمية أو الذمي حربية فالولد تبع للأب في العقد وعدمه، لأنها من آثار الدين. والولد تابع لأبيه في الدين، وفي الكتاب: تبع للأم في الرق والحرية، وقال ابن دينار: تبع لذي العقد منهما، ولا خلاف أن ولد الحُرّ من الأمة رقيق لسيد الأمة.

المانع الثاني: الرق، لأنه فرع الكفر، ولأن الولاية منصب واستيلاء، فلا تثبت مع الرق كالشهادة والمناصب العلية، وقاله (ح) وابن حَنبل[3]، وفي الجواهر: لا يعتبر في القبول لنفسه لأنه لا يتضرر بنفسه، ولا في الوكالة لغيره، لأن سلطنه[4] الموكل عليه بخلاف الولاية الأصلية، وفي الكتاب: العبد والمكاتب والمدبر والمعتق بعضه يفسخ ما عقدوه ولو بعد الدخول، ولها المهر بالمسيس، فلو كانت الابنةُ حرة فأراد الأولياء الإجازة

---

(1) ي: أولى لها، وهو تصحيف.

(2) ما بين القوسين سقط من ي.

(3) (د): ابن حبيب.

(4) كذا ويعني: سلطانه، لأنه يحذف بالأصل ألف الحمل. وفي (د) سلطته.

لم يجز لعدم الولي، والعبد اذا استخلفه حر فليوكل غيره على العقد، وللمكاتب إنكاح إمائه ابتغاء الفضل وان كره السيد، لأنه ينمي[1] ماله، ولغير ابتغاء الفضل بغير إذن السيد، وله رده، ولا يتزوج إلا بإذن سيده، قال ابن يونس: ولا ميراث فيما عقده العبد والمرأة وإن فسخ بطلاق لضعف الاختلاف فيه. قال ابن القاسم: إن جهل العبد فاستخلف على عقد ابنته الحرة فسخ قبل الدخول.

المانع الثالث: ما يقدح في النظر، كالصّبا والجنون، وقاله الأئمة، وفي الجواهر: تنتقل الولاية للأبعد، لأن الشرع انما يقر في كل ولاية من يقوم لمصالحها.

المانع الرابع: السفه، ففي الجواهر: قال ابن القاسم: لا يمنع بل يعقد على ابنته باذن وليه، لأن شفقة طبعه لا تحترم بتبذيره[2]، وقال ابن وهب: يمنع، وتنتقل الولاية لوليه، وقال (ش)[3]: لأن من لا يؤتمن على نفسه أولى أن لا يؤتمن على غيره، وقال أشهب: إذا لم يول عليه وهو ذُو رأي. عقد.

تفريع

قال: إن عقد لابنته: قال ابن وهب: لوليه إجازته ورده، فإن لم يكن له ولي مضى عقده ان كان صوابًا... وكذلك أخته، قال محمد: قوله صحيح إلا قوله: إن لم يكن عليه ولي فيجوز، بل يبطل من الجميع، غير الصواب، قال اللخمي: إن كان ذا عقل ودين غير أنه غير ممسك لماله جبر ابنته قبل البلوغ، لأن الوجه الذي عجز عنه غير الذي طلب منه،

(1) ي: سمى.

(2) ي: بتديره، وهو تصحيف.

(3) مكانها بياض (د).

وتستحب مطالعة الوصي، وإن نقص تمييزه نظر الولي، ولا يزوج الا بعد البلوغ والاستيذان كاليتيمة، ويعقد الأب إلا أن يعدم العقل. قال صاحب البيان: اذا زوج السفيه المولى عليه الذي لا رأي له ابنته البكر أو اخته، أو مولاته، أو أمته فسخ، وقيل: ينظر فيه، فإن كان المولى عليه ذَا رأي فعليه القول بقوله، أو زوج غير المولى عليه الذي لا رأي له ابنته البكر نظر فيه أو أخته مضى إلا أن يكون غير صواب، أو أمته جرى على الخلاف في تصرفه في ماله، ولا يجوز للمولّى عليه الذي لا رأي له نكاح، ولا خلاف أن السفيه لا يزوج ابنته البكر قبل البلوغ، واختلف هل لوصيه تزويج بناته الأبكار بعد بلوغهن، وأما إخواته وعماته ومولاته: فلا يزوجهن، فإن فعل مضى، وقال أصبغ: الأولياء أحق منه وله ذلك، ومنعه سحنون.

المانع الخامس: الفسق، وفي الجواهر: المشهور عدم منعه: وقاله (ش) لأن حيته تمنع إيقاع وليته في الدنيات، وقيل: يمنع، وقاله ابن حنبل، لأنه غير مأمون على نفسه فأولى على غيره.

المانع السادس: غيْبة الولي، قال اللخمي: قال في الكتاب: إذا كان بَعيدَ الغيبة نظر السلطان. وقاله الأئمة تحصيلا لمصلحة النكاح، وقيل: لا ينظر حتى يقدم الولي حفظًا لحق الولاية، فإن غاب الأقرب وحضر الأبعد قيل: حق الغائب قائم، والسلطان وكيله، بخلاف الميت لعدم قبوله للوكالة، وقيل: ينتقل للحاضر صونًا لمصلحة[1] الوَلية، واذا غاب الأب عن البكر ولم تدع للزواج، لا تزوج ان كانت في صيانة، وان دَعَت ولم تكن له نفقة، وهي محتاجة، زوجت، (وإن كانت نفقته جارية عليها وهو أسير أو فقير زوجت)[2] لتعذر قدومه، فإن علمت حياته وليس أسيرًا:

(1) ي: لمصالح.

(2) ما بين القوسين سقط من ي.

فظاهر الكتاب: تزوج، وقال في كتاب محمد: لا تزوج خشية من النكاح بغير ولي، قال صاحب البيان: إذا كانت غيبة الأب عشرة أيام ونحوها: فلا خلاف في المنع، فإن زوجت فسخ أو بعيدة نحو إفريقيا من مصر فأربعة أقوال: الإمام يزوجها اذا دَعَت لذلك، وإن كانت نفقته جارية ولم يخف عليها ولا استوطن البلد الذي ذهب إليه، قاله مالك في المدونة. وأخذ من قوله في المدونة من لا يريد المقام بتلك البلدة التي ذهب إليها. لا يزوج السلطان ابنته، القول الثاني والثالث: لا تزوج إلا أن يستوطن العشرين سنة وييأس من رجعته، قاله ابن حبيب، وقال مالك أيضا: يمنع أبدًا إلا إن كان أسيرًا أو فقيرًا فلا خلاف أن الإمام يزوجها إذا دَعَت لذلك وان كانت في نفقته وأمن عليها.

المانع السابع: الإحرام، وهو يسلب عبادة المحرِم في النكاح والإنكاح، وقد تقدم تقريره في الحج.

البحث الثالث: في ترتيب الأولياء.

قاعدة: إنما يقدم الشرع في كل ولاية مَن هو أقوم بمصالحها، فللقضاء: العارف بالفقه وأحوال الخصوم والبينات، وللحروب: من هو أعلم بمكائدها وسياسة جيوشها، ولا يقدم هذا للقضاء، ولا الأول للحروب، وكذلك سائر الولايات، ورب كامل في ولاية، ناقص في أخرى، كالنساء ناقصات في الحروب. كاملات في الحضانة لمزيد شفقتهن وصبرهن، فيقدمن على الرجال، فكذلك ها هنا إذا اجتمع الأولياء يقدم من وصفه أقرب لِحسن النظر في الولية، قال اللخمي: النسب مقدم على غيره، وأولي النسب: الابن ثم ابن الابن ثم الأب ثم الأخ ثم ابن الأخ وإن سفل. ثم الجد ثم العم ثم ابن العم وإن سفل. وأسباب التقدم ها هنا هي أسباب التقدم في المواريث، وسوى في الكتاب بين الأخ الشقيق للأب نظراً إلى أن المعتبر إنما هو جهة الأب، والأمومة والإدلاء بها ساقط في ولاية النكاح، وقد قدم الشقيق في كتاب ابن حبيب، وجعل

الأمومة مرجحة كالميراث، والجواب في أبنائهما، وفي العمين أحدهما شقيق والآخر للأب، وفي أبنائهما كما تقدم، وإذا لم تكن عمومة، فالرجل من العصبة، ثم من البطن، ثم من العشيرة، ثم المولى الأعلى، ثم الأسفل، ثم ولاية الإسلام، قال أبو الطاهر: المشهور: تقديم الابن في الثيب على غيره، وقيل: يقدم الولي عليه. وفي (الجواهر): روي عن مالك: الأب ثم الابن نظراً إلى مزيد الشفقة، وقاله ابن حنبل، ووافقنا في بقية الترتيب، وقدم المغيرة: الجد وأباه على الأخ وابنه، كالميراث، وقاله (ش)، وبقية الترتيب عنده كمذهبنا إلا الابن فإنه عنده لا ولاية له البتة.

تمهيد: قدم الأخ[1] على الجد في ثلاثة ابواب: النكاح، والصلاة على الجنازة، وميراث الولاء بخلاف ميراث النسب. وسببه: أن الجد يدلي بالأبوة فيقول: انا أبو أبيه، والأخ يدلي بالبنوة فيقول أنا ابن أبيه، والبنوة مقدمة على الأبوة يحجب الابن الأب عن جملة المال إلى السدس، فهذه العمدة في الأبواب الثلاثة، وأما الميراث: فلأن الجد يسقط فيه الإخوة للأم، ولا يقدر الأخ على ذلك: ويرث مع الابن بخلافه، فيقدم عليه لذلك، وهذان منفيان في الولاء. لأنه تعصيب محض[2] فلا مدخل فيه لإخوة الأم حتى يثبت الترجيح بحجتهم، ولا مدخل فيه للفروض فيسقط السدس الذي يرثه مع الابن فيبقى نصف البنوة سالما عن المعارض فيقدم الأخ.

قال العبدي:[3] والجد أقوى من الأخ في ثلاث مسائل: لا يقطع في السرقة كالأب، ولا يحد في الزنا بجارية ولد ولده، وتغلظ الدية عليه في قتل العمد، بخلاف الأخ في الثلاثة، واختلف هل يكون الجد كالأب في الاعتصار؟ منعه في الكتاب، ويحبس في الدّين بخلاف الأب، ولا تجب

---

(1) ي: قدم الجد على الأخ.

(2) ي محط وهو تصحيف.

(3) (العبدي) مكانها بياض في ي.

النفقة له، وهو مثل الأخ في العفو عن القصاص، وفي الجواهر: اذا مات المعتق فعصابته، ثم معتقه، ثم عصابة معتقه يترتبون[1] كعصبة لقرابة.

قال اللخمي: إذا كان ولي النسب بعيدًا جدًا: فالمذهب تقديمه على السلطان، وقال عبد الملك: السلطان أولى من الرجل من البَطْن[2]، ويستحب للمرأة إذا لَم يَكُنْ[3] لها ولي أن توكل عدلاً. فإن استوى اولياؤها في الدرجة: ففي الكتاب: ينظر السلطان، وقال ابن حبيب: بل أفضلهم، فإن استووا فأسبقهم، فإن استووا عقد الجميع (العقد قال اللخمي: ولو لجميعهم، وان كان فيهم افضل كان حسنا، لأن نظر المفضول إلى الفاضل لا يضر)[4].

البحث الرابع: تزويج الأبعد مع وجود الأقرب، قال في الكتاب: ينفذ في الثيب الراضية بذلك، وإن أنكر والدُها، والبكر البالغ غير ذات الأب والوصي، ولو أنكر الأقرب، إلا أن يكون الأب أوصى بها إلى الشقيق، ولا ينبغي[5] ان يقدم على الأقرب، ويمضي نكاح ذي الرأي من أهلها مع وجود الأخ والجد، ويزوج مولاته من نفسه ومن غيره برضاها، وان كره الأبعد، لقول عمر رضي الله عنه: لا تنكح المرأة الا باذن وليها أو ذي الرأي (من أهلها أو السلطان)، وذو[6] الرأي من أهلها: الرجل من العشيرة كابن العم أو المولى[7]، وقال ابن نافع: هو الرجل من العصبة. وقال أكثر الرواة: لا يزوج الأبعد مع وجود الأقرب، فإن فعل نظر

---

(1) ي: يتريتون كعصابة.

(2) (د) من النظر.

(3) (د): أن يكون لها ولي، وهو تحريف.

(4) ما بين القوسين سقط من (د).

(5) ي: ولا ينظر التقدم على الأقرب.

(6) الأصل: وذي الرأي. و(د): او ذا الرأي.

(7) (د): الموالي.

السلطان، وقال آخرون: للأقرب الرد والإجازة إلا أن يطول. وبذلك قال اللخمي، قال عبد الملك: للأقرب النظر ما لم يبن، ومنشأ الخلاف: هل تقدمة الأقرب من باب الأولى أو متعين كقيامه بالدم؟ ولا خلاف أن النكاح صحيح، وإنما الخلاف في تعلق الحق وهل يسقط ذلك الحق بمعارضة اطلاع الزوج على عورتها أم لا، وإن كانت لا قدر لها مضى العقد قولاً واحدًا، وفي الكتاب: اذا زوج الأخ بغير اذن الأب لم يجز وإن أجازه، قال اللخمي: وروي عنه إجازته مطلقا، وهو مرغوب عنه لتمكن ولاية الأب.

فرع

في الكتاب: اذا أعتق أم ولده[1] وزوجها من نفسه جاز وان كره[2] ولدها.

البحث الخامس: في تولي طرفي[3] العقد. وفي الجواهر: ابن العم والمعتق ووكيل المولى والحاكم يعقد لنفسه باذنها، ويتحد الزوج والولي كالبائع والمشتري في اشتراء الأب مال ولده، والوكيل مال موكله، وقال (ح): قال ابو الطاهر: وقيل: لا يجوز، وقاله (ش) وابن حنبل، لأن الإيجاب والقبول مخاطبة بالقول[4]، ويتعذر مخاطبة الإنسان لنفسه، والفرق بينه وبين البيع: تعذر مراجعة الولي للإمام في المحقرات، والجواب عن الأول: أن هذا على اصلكم في اشتراط أعيان الصيَغ، ونحن نكتفي بكل صيغة تدل على الرضا بدوام الإباحة، ولا تشترط مخاطبة من الجانبين.

---

(1) ي: ام ولد الأب.

(2) (د) وان كره انكر ولدها.

(3) ي: في تولى لمن في العقد، وفيه تحريف.

(4) ي: بالقبول.

وعن الثاني: أن بيع الولي من نفسه نادر، فإن كانت المشاورة متعذرة ففيها[1]. وفي الجواهر: يشهد على رضاها واذنها خوفًا من منازعتها. قال ابو عمرو[2]: صيغة العقد: قد تزوجتك على صداق كذا فتقول: رضيتُ، أو تسكت إن كانت بكرا.

البحث السادس: في توكيل الولي والزوج، وفي الجواهر: للولي أن يوكل[3] في العقد على وليته[4] بعد تعيين الزوج، وللزوج التوكيل في العقد عنه، ولا يُشترط في الوكيل ما يشترط في الأولياء. بل يصح بالصبي والعبد والنصراني، لأن الوكيلَ كالخادم للموكل فلا تنافي منصبه الصفات الدنية، ولأنه إنما يوكله بعد الخبرة بحاله وسداد تصرفه، بخلاف لو جعل وليًا أصليا، وقيل: يشترط فيه ما يشترط في الأولياء صونا للعقد عن غير أهله، ويقول الوكيل: زوجت من فلان، ولا يقول: منه، ويقول الوكيل: قبلت لفلان، ولو قال: قبلت، كفى اذا نوى موكله.

تفريع

في الكتاب: اذا زوجه بغير أمره وضمن الصداق فرده، بطل وسقط الصداق عنها، فإن وكله في العقد بألف فعقده بألفين وعلم بذلك قَبلَ البناء إن رضي بها، والا فرق بطلقة إلا أن ترضى المرأة بألف، فان التزم الوكيل الزائد وامتنع الزوج لم يلزم العقد دفعًا للمنة، وإن لم يعلم حتى دخل بها لم يلزم الزوج غير الألف، ولا يلزم الوكيل شيء[5]، لأنها

(1) (د): ففيها والا ففيها. وفيه تصحيف.

(2) (د) قال ابو عمر صيغة.

(3) يوكل مكانها بياض في ي.

(4) د: موليته.

(5) ي: شيئا، وهو لحن.

صدقته، وإن أقر المأمور بالتعدي (بعد البناء غرم الزائد، والنكاح ثابت، وان دخل الزوج بعد علمه بالتعدي)[1] لزمه الجميع، علمت المرأة أم لا، لأنه رضي به، وكذلك لو تعدى في شراء الأمة فوطئها عالمًا بالزائد: قال ابن يونس: قال ابن زياد: يضمن الوكيل نصف الصداق في المسألة الأولى، لأنه فسخ بطلاق، وان طلق الزوج لزمه نصف الصداق، واذا لم تكن على عَقد الوكيل بالألفيْن بينة تحلف المرأة أن العقد بألفين، ثم يحلف الزوج أنه إنما أمره بألف، وينفسخ النكاح، إلا أن ترضى المرأة بألف، قال ابن القاسم: ويكون الفسخ بطلاق لأنه حلل[2] في الصداق، وقال المغيرة: بغير طلاق، وقول مالك محمول على قيام البينة، وإن بنى الزوج قبل علمه حلف على الألف وعدِم علمه حتى بنَى، فإن نكل غرم، وإن لم تكن له على الألفين بينة حلف الزوج أيضًا، وان نكل لم يغرم حتى تحلف المرأة على الألفين في العقد، لأن الزوج أمر بها، ولها تحليف الرسول: أنه امره بألفين، فإن نكل غرم، قال أصبغ: وله تحليف الرسول. فإن نكل غرم، قال محمد: تحليف الرسول غلط. ولو أقر لم يَكن بد من يمين الزوج[3]، فلما ترك اليمين فقد الزم ذلك نفسه، قال أصبغ: وهذا فيما يشبه أن يكون صداقا. فإن كان دون صداق المثل وقد بنَى حلف وبلغ بها المثل، إلا ان يكون النقص يسيرًا، قال ابن القاسم: فإن أنكر ما أمر به[4] ثم أقر: فإن كان انكاره ردًا وفسخا لم يجزه بعد، قرب أو بعد، والا فله إجازته وان طال، وإن جهل الحل بطل العقد، وان قرب الزمان توارثا استحبابا وثبت حرمة الطهارة[5] رده أو قبله، قال أصبغ: وذلك كله ما لم يدخل.

(1) ما بين القوسين سقط من (د).

(2) (حلل) مكانها بياض في ي.

(3) ي: الرسول، وهو تحريف.

(4) (د): أمرته.

(5) ي: الظهارة.

فرع

قال صاحب النكت: إذا وكل رجلٌ رجلاً على تزويجه ممن أحب فيزوجه من غير استئذانه: لا يجري فيه الخلاف حيث قالت المرأة لوليها ذلك، والفرق: قدرة الرجل على الطلاق.

فرع

في البيان: قال ابن القاسم: لا يجوز ان يجعل الوكيل جُعلا للولي. لأنه غرر لاحتمال العزل، ولأنه سلف جر نفع حُصول غرض الوكيل.

البحث السابع: فيما يجب على الولي. في الجواهر: يجب على الأخ الإجابة اذا طلبت كفؤاً، فإن كانا أخوين وجب عليهما، ويسقط ببُعد[1] لأحدهما، فإن امتنعا: زوج السلطان بعد أن يأمرهما فيمتنعا نفيّا[2] للضرر عن وليته، وعلى المجبر تزويج المجبرة اذا خشي فسادها، وكان مصلحة، ولا تجب إجابة الصغير إلى النكاح.

فرع

قال بعض العلماء: اذا خَطَب من الولي المجبر احدى ابنتيه اذا استويا في الصلاح والميْل للنكاح يجبرا، وفي الصلاح دون الميْل قدم أميلُهما، فإن زاد ميل الصالحة، وخيف من ميل الطالحة: قال: فيه نظر، وينبغي تقديم الطالحة[3]

---

(1) (د): بفعل.

(2) ي: للضرورة.

(3) ي: الصالحة، وهو تحريف.

لما يتوقع من فجورها، والصالحة يزعها[1] صلاحها. وفي مسلم:[2] قال عليه السلام: (اني لأعطي الرجل وغيرُه أحبُ إلي منه، خشية ان يكبه الله في النار على وجهه) وأصل هذا البحث: أن من ولي ولاية النكاح أو غيره لا يجوز له التصرف بالتشهي إجماعًا، بل تجب مراعاة مصلحة المولى عليه حيث كانت.

البحث الثامن: في تزويج الوليين من رجلَين، وفي الكتاب: إذا زوجها[3] هذا من كفوء وهذا من كفوء بعد توكيلها: فالمعتبر: أولهما إن عرف، إلا ان يدخل بهَا الآخر فهو أحق، لقضاء عمر رضي الله عنه بذلك، وقال الأئمة: الأول أحق بها مطلقا. لما في أبي داود:[4] قال عليه السلام: (أيما امرأة زوَّجها وليان فهي للأول منهما) وجوابه: حمله على عدم دخول الثاني، ولم يتعرض له الحديث جمعًا بينه وبين ما ذكرناه، وقد روي عن علي والحسن بن علي ومعاوية رضي الله عنهم أجمعين من غير مخالف، فكان إجماعًا، فإن لم يدخل بها وجهل الأول فسخا جميعا، لتعذر الجمع، وإن قالت: هذا هو الأول، لأن شهادتها غير مقبولة في النكاح، قال اللخمي: قال ابن عبد الحكَم: ليست للثاني وإن دخل، لعدم قبول المحل له، ولو عقدا معا من غير تقديم في مجلس واحد فسخا جميعًا، ولا يعتبر الدخول لعلمهما بالفساد، وفي الجواهر: ان اتحد زمان العقد ترافعا[5]، ولم يشترط العلم ولا اتحاد[6] المجلس، قال اللخمي: قال محمد:

---

(1) ي يدعوها.

(2) بعض حديث رواه البخاري في الزكاة وفي الإيمان، ومسلم في الإيمان، باب تألف قلب من يخاف على إيمانه لضعفه، عن سعد بن ابي وقاص.

(3) ي: اذا زوج هذا من كفء بعد توكيله لها.

(4) بعض حديث رواه ابو داود في النكاح، باب اذا انكح الوليان، والترمذي وغيرهما عن سمرة بن جندب، وفي سنده ضعف، وقد حُسن.

(5) (ترافعا) محلها بياض ي.

(6) (ولا اتحاد) مكانها بياض ي أيضا.

إذا علم الأول فطلق أو مات قبل دخول الثاني، ثم دخل الثاني، وكان عقده قبل الموت أو الطلاق، ولم يعلم حتى دخل ثبت وفاتَ النظرُ. كما لو دخل حالة الحياة، ولا ميراث لها من الأول، ولا عدة عليها، وان علم قبل الدخول ثم دخل فسخ، واعتدت من الأول ليتيقن صحته، وكذلك اذا طلق فإنه يفسخ، وترد للأول[1]، وان عقد الثاني بعد موت الأول أو طلاقه فيفسخ في الموت، لأنه نكاح في عدة دون الطلاق، لأنها في غير عدة، قال محمد: (وقال عبد الملك فيما اظنه: ان عقد الثاني بعد الطلاق الثلاث ثبت نكاحه بخلاف الوكيل فيفسخ ما لم يدخل، قال محمد)[2] وان دخل الأخير والأول لم يثبت ولم يطلق فأقر القاضي أو الأب أو الوكيل أنه كان عالمًا بتزويج الأول لم يصدق، إلا ببينة على اقراره قبل العقد الثاني، فيفسخ بغير طلاق، لأن الإقرار على الغير لا يسمع، ولو أقر الثاني بعلمه بتقديم الأول قبل إقراره على نفسه وفسخ، وكان لها الصداق كاملا من غير طلاق، وقال محمد: بل بطلاق، واعتراف الزوجة إذا لم يدخل واحد منهما فيه خلاف، وفي الجواهر: حيث قلنا بالفسخ[3] بطلاق لأنه مختلف فيه، وقال محمد: بل موقوف، إن تزوجها أحدهما لم يلزمه شيء ولزم الآخر لتحل[4] للزوج، وان تزوجها غيرهما وقع عليهما.

فرع

قال: لو ماتت المرأة بعد تعيين المستحق لَمَا منهما بدخول أو سبق[5] ورثها ووجب الصداق عليه، وان جهل: ففي ثبوت الميراث قولان

---

(1) (للأول) مكانها بياض في ي.

(2) ما بين القوسين سقط من ي.

(3) د: فبصلاق.

(4) (لتحل) مكانها بياض في ي.

(5) (او سبق) مكانها بياض.

للمتأخرين نظرًا للشك، أو لا بد أن يكون أحدهما زوجًا، ويثبت الصداق حيث يثبت الميراث، لأنهما أثران للعقد فيتَلاَزَمان، وحيث ينبغي[1] يكون عليه ما زاد على قدر الميراث، فان مات الزوجان أو احدهما: فلا ميراث ولا صداق، والفرق: أن كل واحد من ورثة الزوجين يقول لها: لم يتعين لك عندنا حق، لاحتمال ان يكون الزوج هو الآخر، ولا ويقوم لها على واحد منهما حجة، وتقوم الحجة على ورثتها، فإنها موروثة قطعًا، وانما التداعي بين الزوجين.

فرع

قال: إذا ادعى كل واحد منهما انه الأول فصدقت أحدهما: ثبت لها الصداق بإقراره، ولم يثبت لها الميراث، لأنه إقرار على الغير باعتبار الميراث، ولو شهدت لكل واحد منهما بينة أنه الأول تساقطتا، والمشهور: لا يرجح هاهنا بمزيد العدالة بخلاف البيع، لأن النكاح لا يثبت بالشاهد واليمين، وقال سحنون: يقضى بالأعدل، واختاره عبد الحق عملاً بالرجحان.

فرع

في الكتاب: تحرم على آبائه وابنائه لأنه وطء شبهة.

نظائر، قال أبو عمر[2]: ست مسائل يفيتهن الدخول: مسألة الوليين، وامرأة المفقود تتزوج بعد الأجل المضروب، وقيل: لا سبيل له عليها مطلقا، والعالمة بالطلاق دون الرجعة، وامرأة المرتد وشك في كفره هل هو

(1) سقطت من ي.

(2) ي: ابن عمران.

إكراه أو اختيار؟ ثم يتبين الإكراه، ومن أسلم على عشرة ثم اختار اربعًا فوجدهن من ذوات محارم، يختارُ من البواقي ما لم يدخل بهن ازواجهن، وقيل: لا يفيتهن الدخول، والمطلقة للغيبة ثم يقدم بحجته.

وأربع لا يفيتهن الدخول: المنعى لها زوجها ثم تتبين حياته، وقال اسماعيل: هو كالمفقود يفيتها الدخول[1]، والمطلقة للنفقة ثم تبين اسقاطها لها، والقائل: عائشة طالق، وله امرأة حاضرة تسمى عائشة (فقال: لم اردها، ولي اخرى تسمى عائشة)[2] بغير هذا البلد فطلقت هذه، ثم تبين صدقه، والأمة تختار نفسها ثم يتبين عتق زوجها قبلها، وقيل: يفيتُها، زاد العبدي[3] في الست الأول: التي تسلم وزوجها كافر فيفرق بينهما، ثم تبين تقدم اسلامه عليها.

فرع

في الكتاب: من طلق امرأته الأمة فراجعها في سفره فوطئها السيد قبل علمه[4] بالرجعة، فلا رجعة له، لأنَّ وطئَها بالملك كوطئِها بالنكاح.

القطب الثاني: المعقود عليها، وهي المرأة الخالية من الموانع الشرعية.

قال صاحب القَبَس: المحرمات أربعون امرأةً، أربعة وعشرون مؤبدات[5]، سبع من النسب: الأم، والبنت، والأخت، والعمة، والخالة، وبنتا الأخ والأخت، ومثلهن من الرضاع، وأربع بالصهر:[6] أم الزوجة،

(1) في ي هنا زيادة هي: يفيتها الدخول المنعي لها زوجها. والمعلقة الخ ولعل فيه تكرارا.
(2) ما بين القوسين سقط من (د).
(3) ي: العبادي.
(4) (د) علمها.
(5) ي: مقربات.
(6) ي: من الصهر.

وبنتها، وزوجة الأب، وزوجة الإبن، وثلاثة من الجميع: المرأة مع اختها أو عمتها أو خالتها، فهذه إحدى وعشرون، والملاعنة، والمنكوحة في العدة، ونساؤه عليه السلام، وست عشرة لعوارض: الخامسة، والمزوجة، والمعتدة، والمستبرأة، والحامل، والمبتوتة، والمشركة، والأمة الكافرة، والأمة المسلمة لواجد الطَّول، وأمة الابن، والمحرِمة، والمريضة، وذات محرم من زوجها، لا يجوز الجمع بينهما، واليتيمة، والمنكوحة يوم الجمعة عند الزوال، والمنكوحة بعد[1] الركون للغير، زاد في الجواهر: المرتدة، وغير الكتابية وأمة نفسه، أو تكون سيدته أو أم سيده، ووافقنا الأئمة فيما ذكر من النسب والرضاع والصهر، وزاد ابن حنبل: الزانية حتى تتوب لظاهر الآية، فأَذكُرُ هذه الموانع مفصلة ان شاء الله.

المانع الأول: النسب، وفي الجواهر: ضابطه: الأصول والفصول، أو فصول أول الأصول، وأول فصل من كل اصل وان علا، فالأصول: الآباء والأمهات وان علوا، والفصول: الأبناء والبنات وان سفلوا، وفصول أول الأصول: الأخوات والإخوة وأولادهم وان سفلوا احترازًا من فصول ثاني الأصول، وثالثها وان علا ذلك، فإن فيهم أولاد الأعمام والعمات والأخوال والخالات. وهن مباحات بقوله تعالى لنبيه صلى الله عليه وسلم: ﴿وَبَنَاتِ عَمِّكَ وَبَنَاتِ عَمَّاتِكَ وَبَنَاتِ خَالِكَ وَبَنَاتِ خَالاتِكَ﴾ (الأحزاب: 50)، وأول فصل من كل أصل، يندرج فيه أولاد الأجداد والجدات، وهم الأعمام والعمات، والأخوال والخالات، فينضبط المحرم على الرجال والنساء، ودليله قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالاَتُكُمْ وَبَنَاتُ الأَخِ وَبَنَاتُ الأُخْتِ﴾ (النساء: 23)، واتفقت الأمة على أن المراد بهذا اللفظ: القريب والبعد من كل نوع، واللفظ صالح له، لقوله تعالى: ﴿يَا بَنِي آدَمَ﴾ ﴿يَا بَنِي

(1) ي: بغير.

إسْرَائِيل﴾ ﴿ملة أبيكُمُ إبْرَاهِيمَ﴾ (الحج: 38)، ثم قال تعالى: ﴿وأمَّهَاتُكُمُ اللاَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِنَ الرَّضَاعَةِ، وأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبائِبِكُمُ اللاَّتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللاَّتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ، فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ، وَحَلاَئِلُ أَبْنَائِكُمُ الذِينَ مِن أَصْلابِكُمْ، وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الأُخْتَيْنِ إلاَّ مَا قَدْ سَلَفَ﴾ (النساء: 23) وقال قبل ذلك: ﴿ولا تنكحُوا مَا نَكَحَ آباؤُكُم من النِّساء إلا ما قد سَلَفَ﴾ يريد في الجاهلية فإنه مغفور، والحليلة لغة: الزوجة، وقوله تعالى: ﴿من أَصْلاَبِكُمْ﴾ احترازًا من التي دون الرضاع، فلا تعارض بين النصوص، وحرَّم[1] عليه السلام من الرضاع ما يحرم من النسب.

تنبيه، قال اللخمي: كل أم حرمت بالنسب حرمت أختها، وكل أخت حرمت لا تحرم اختها اذا لم تكن خالة، فقد يتزوج الرجل المرأة ولكل واحد منها ولد، فالولد منها تحل له ابنة المرأة من غير أبيه، وكل عمة حرمت قد لا تحرم أختها، لأنها قد لا تكون أخت ابيه ولا أخت جده.

فرع

في الجواهر: ولد الزنا مُحرم على امه، وابنة الزنا حلال لأبيها عند عبد الملك و(ش)، لأنها لا ترثه فلا تحرم كالأجنبية، والمشهور: التحريم، قال سحنون: الجواز خطأ صراح، وما علمت من قاله غير عبد الملك، لأنها مخلوقة من مائة، فتحرم عليه لِظاهر النص، وقاله (ح).

---

(1) البخاري في الجهاد، باب ما جاء في بيوت ازواج النبي صلى الله عليه وسلم وما نسب من البيوت إليهم، وفي النكاح، وفي الرضاع. عن عائشة، ورواه مسلم في الرضاع، باب ما يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة.

فرع

قال: المنفية باللعان لا تحل، لأنه لو استحلقها للحقته[1] بخلاف ابنة الزنا.

فرع

قال ابن يونس: قال ابن حبيب: لا يجوز نكاح الزانية المجاهرة، لقوله تعالى: ﴿وَالزَّانِيَةُ لاَ يَنكِحُهَا إِلاَّ زَانٍ أَوْ مُشْرِك، وحُرِّمَ ذَلِكَ عَلَى المُؤْمِنِينَ﴾ (النور: 3)، ويستحب مفارقتُها إن كانت زوجة، إلا أن يبتلي بحبها. لقوله[2] عليه السلام لما قال له الرجل: إن امرأتي لا تَردُّ يَدَ لامِسٍ قال: (فارقها، قال: إنّي أحبها، قال: أمسكها) قاله عليه السلام خشيةَ أن يزني بها، خرجه مسلم. قال: وما علم من ذلك استبرأه بثلاث حيض في الحرة، وحيضة في الأمة، وكره مالك نكاح الزانية من غير تحريم، إما لأن النكاح في الآية المراد به الوطء على وجه الزنا، لأن الأصل في الاستعمال الحقيقة كما روي عن ابن عباس ومجاهد رضي الله عنهما، أو لأنها منسوخة بقوله تعالى ﴿وأَنْكِحُوا الأَيَامَى مِنكُمْ﴾ قاله ابن المسيب.

المانع الثاني: الظهارة، وقد تقدمت نصوص تحريمها في النسب.

---

(1) (د) لحقت.

(2) رواه ابو داود في النكاح، باب النهي عن تزويج من يلد من النساء والنسائي في النكاح باب تزويج الزانية، عن ابن عباس وقد اختلف في هذا الحديث بين مصحح ومضعف، وانظر ما ذكره فيه ابن حجر في (تلخيص الحبير) وابن كثير في التفسير ـ أول سورة النور. ولم يروه مسلم كما قال المؤلف.

قاعدة، عقوق ذوي المحارم بعضهم لبعض حرام إجماعا من حث الجملة.

قاعدة، الوسائل تتبع المقاصد في أحكامها، فوسيلة المحرم محرمة، وكذلك سائر الأحكام، ووسيلة أقبح من المحرمات أقبح الوسائل، ووسيلة أفضل الواجبات أفضل[1] الوسائل، ومضارة المرأة بأخرى بجمعها معها في حال الوطء وسيلة الشحناء في العادة، ومقتضى ذلك: التحريم مطلقا، وقد فعل ذلك في شريعة عيسى[2] عليه السلام، فلا يتزوج الرجل الا المرأة الواحدة تقديمًا لمصلحة النساء، ودفعا للشحناء، وعكس ذلك في التوراة فجوز الجمع غير محصور في عدد تغليبًا لمصلحة الرجال على مصلحة النساء، وجمع بين المصلحتين في شريعتنا[3] المفضلة على سائر الشرائع بين مصلحة الرجال، فشرع لهم أربع حرائر مع التسري، ومصالح النساء، فلا تضار زوجة منهن بأكثر من ثلاث، لما كانت الثلاث مغتفرات[4] في مواطن كثيرة اغتفرت هاهنا، فتجوز هجرة المسلم ثلاثاً، والإحداد على غير الزوج ثلاث، والخيار ثلاث. ونحو ذلك، هذا في الأجنبيات، والبعيد من القرابات، وحافظ الشرع على القرابة القريبة وصونها عن العقوق والشحناء، فلا يجمع بين الأم وابيها، وهما أعظم القرابات حفظًا لبر الأمهات والبنات، ويلي ذلك: الجمع بين الأختين، ويلي ذلك: الجمع بين المرأة وخالتها لكونها من جهة الأم، وبرها آكد من الأب، ويليه المرأة وعمتها، ثم خالة امها، ثم خالة ابيها، ثم عمة امها، ثم عمة أبيها. فهذا من باب تحريم الوسائل، لا من باب تحريم المقاصد، ولما كانت الأم أشدّ[5] برا

---

(1) (د) احسن.

(2) (عيسى) سقطت من (د).

(3) د: شرائعها.

(4) ي: معتقدات... اعتقدت، وهو تصحيف.

(5) ي: اشبه وهو تصحيف.

بابنتها من الابنة بأمها، لم يكن العقد عليها كافيًا في بغضتها لابنتها اذا عقد عليها لضعف ميلها للزوج بمجرد العقد، وعدم مخالطته، فاشترط في التحريم: اضافة الدخول، وكان ذلك كافيًا في بغضة[1] البنت لضعف وُدها، فيحرم العقد ليلا تعق أمها، وقاله الأئمة، وقال ابن مسعود: يشترط الدخول فيهما لقوله تعالى: ﴿وأمَّهاتُ نِسَائِكُم﴾ ثم قال تعالى: ﴿وربائبكم اللاَّتي فِي حُجُوركُم مِن نِسَائِكُم اللاَّتي دَخَلتُم بِهِن﴾ فقوله تعالى: ﴿اللاَّتي دَخَلْتُم بِهِن﴾ صفة تعقيب الجملتين فتعمها كالاستثناء والشرط وجوابه، إما بمنع عود الإستثناء على الجمل أو تسليمه، ونقول: هو هاهنا متعذر، لأن النساء في الجملة الأولى مخفوض بالإضافة، وفي الثانية مخفوض بحرف الجر، والعامل في الصّفة هو العامل في الموصوف على الأصح، فلو كان صفة للجملتين لعمل[2] في الصفة الواحدة عاملان، وهو ممتنع كما تقرر في علم النحو.

قاعدة. لما دلت النصوص على تحريم امهات النساء والربائب، حمل على العقد إذ لا يفهم من نسائنا عرفا الا الحرائر اللاتي لا يستبح[3] الا بالعقد، وألحق الملك بالعقد لاستوائها في المعنى المتقدم، وألحقت شبهتها بها في التحريم، لأنها ألحقت بها في لحوق الولد وسقوط الحد وغيرهما، واما الزنا المحض: فمطلوب الإعدام، فلو رتب عليه شيء من المقاصد لكان مطلوب الإيجاد، فلا يثبت له اثر في تحريم المصاهرة على غير المشهور، وهو مذهب (الموطأ)[4] ولاحظ في الكتاب: كونه يوجب نسبة واختصاصًا، وربما أوجب ميلا شديدا[5] فأفتى بالتحريم وبالغ حتى قال:

---

(1) بعضه لضعف ردها، وهو مصحف.

(2) ي: لكان.

(3) ي: يستبخر.

(4) ما بين القوسين وكلمة اخرى مثلها بعدها، مكانها بياض في ي.

(5) (د) فأتى.

إذا التذ بها حراما[1] كان كالوطء قاله في الكتاب، وقاله (ح) وابن حنبل، ووافق الأئمة في العقد والملك والشبهة، ووافق (ح) في الملامسة بلذة، والنظر إلى الفرج[2] الا ان ينزل لعدم افضائِه إلى الوطء، وهو إنما حرم تحريم الوسائل، والوسيلة اذا لم تفض[3] إلى المقصد سقط اعتبارها، ومنع (ش) التحريم بالملامسة للذة، والنظر مطلقًا، واثبتناه بهما مطلقا، وقال ابو الطاهر: اللمس للذة (من البالغ ينشر حرمة الطهارة، ومن غير البالغ قولان، وبغير لذة لا ينشر مطلقا، ونظر البالغ للذة)[4] المشهور: نشره، لأنه احد الحواس. والشاذ لا ينشر، لأن النظر إلى الوجه لا يحرم اتفاقا، وانما الخلاف في باطن الجسد، واكتفي في تحريم زوجات الآباء والأبناء بالعقد، لأن أنفات الرجال وحمياتهم تنهض بالغضب والبغض بمجرد نسبة المرأة إليهم بذلك، فيختل نظام ود الآباء للأبناء والأبناء للآباء، وهو سياج عظيم عند الشرع جعل خرقه من الكبائر.

فرع

قال ابن القاسم: اذا تزوج امرأة فلم يدخل بها فماتت فقبّلها وهي ميتة حرمت ابنتها، لأنه التذَّ بها وهي زوجة يجوز له غسلُها، وعلى القول بمنع غسلها لا تحرم، قال: والقياس: عدم الحِرمة، لأن وطئها لا يوجب إحصانا، ويجوز له الجمع بينها وبين اختها حينئذٍ والخامسة.

سؤال، المشهور في تحليل الزوجة بعد الطلاق الثلاث: اشتراط الوطء

(1) احتراما.

(2) كذا في النسختين.

(3) ي: اذا لم ترض، وهو تصحيف.

(4) ما بين القوسين سقط من ي.

في[1] الحلال، وحمل آية التحليل عليه، لأن القاعدة: ان كل متكلم له عرف يحمل لفظه على عرفه، فحمل النكاح فيها على النكاح الشرعي، وخولفت هذه القاعدة في قوله تعالى في أمهات الربائب: (إن كنتم[2] دخلتم بهن) فاعتبر مالك مطلق الوطء حلالا أو حراما، وهو خِلافُ القاعدة، (جوابه): انه احتياط في الموضعين، فخولفت القاعدة لمعارضة الاحتياط.

تفريع، في الجواهر: تحرم بالعقد الصحيح: أمهات الزوجة من النسب والرضاع، وامرأة الابن، والحفدة، والأب، والجد من النسب والرضاع.

وقال ابن القاسم في **الكتاب**: كل نكاح مختلف فيه لم ينص الكتاب ولا السنة على تحريمه فهو كالصحيح، وقال ايضا: اذا تزوج امرأة في عدتها ففرق بينهما قبل البناء (جاز لإبنه تزويجها. قال مالك: العقد الفاسد ان كان يفسخ قبل البناء)[3] ويثبت بعده كالشغار الذي يسمى مهره، والعقد بالصداق المجهول، أو إلى أجل غير مسمى، أو إلى موت أو فراق، والعقدُ بالخمر والخنزير يحرمها على ابنه وأبيه وان كان محرمًا في كتاب والسنة كالخامسة، والنكاح في العدة، والأخت على الأخت وعلى العمة بنسب أو رضاع، أو للتحليل أو غير[4] مهر فلا يحرم، ولا تحرم بنات الزوجة الا بالوطء مقدماته، كالقبلة والمباشرة للذة، والنظر لباطن الجسد بشهوة على المشهور، وقيل: لا يحرم ذلك، ولا يشترط كونهن في حجره، لأن قوله تعالى: ﴿وربائِبكم اللاَّتي في حجوركم﴾ خرج مخرج الغالب فلا يكون له مفهوم اجماعا حينئذٍ، وفي **الكتاب**: اذا زنا بأم امرأته

---

(1) (د) الوطء الحلال.

(2) كذا في النسختين، وليس لفظ الآية كذلك، وهي على الصواب: (وامهات نسائكم وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن) وقد تقدمت آنفا.

(3) ما بين القوسين سقط من ي.

(4) ي: او عقد شيء.

يفارقها، وفي الموطأ: لا يفارقها، وعليه جميع أصحابه، وفي حمل المفارقة المذكورة على الوجوب أو الندب قولان، فإن انفردت الشبهة عن العقد والملك: قال أبو عمران: لا يختلف أصحابنا في التحريم الا قول سحنون: إذا مد يده إلى امرأته ليلا فوقعت على ابنته منها فوطئها غلطًا: أن ذلك لا يحرم، واذا فرعنا على قول الأصحاب فاختلفوا اذا حاول وطء امرأته فوقعت يده على ابنته فالتذ بها هل تحرم الأم، وعليه الأكثرون ام لا تحرم؟ لأن الملموسة ليست ربيبة فيتناولها تحريم الربائب، ولا من امهات نسائه، لأن ابنته لا تكون من نسائه، وقاله سحنون في الوطء نفسه، واذا فرعْنا على الأول: فجمهور قائليه: ان مقتضى المذهب: التحريم قولا واحدا، ولا يتخرج على روايتي التحريم بالزنا. قال ضعفاؤهم: بل يتخرج، وجهورهم على مفارقة الأم وجوبًا، وقال ابو عمران وابو الحسن: استحبابًا، قال اللخمي: على القول بتحريم الأم اذا غلِط بابنته منها: تحرم بنت الخالة اذا غلِط بجدته، لأنها من أمهات نسائه، وعلى القول الآخر: لا تحرم.

فرع

فلو وطىء امرأة مكرهًا: قال اللخمي[1]: يتخرج ايجابُه للحِرمة على الخلاف في الحد، فإن قلنا: يخرج على روايتي الزنا والا فهو كوطء الغَلَط.

تفريع

في الكتاب: الجدات كالأمهات. وبنات الأبناء كالبنات، كما اندرجن في تحريم النسب، واذا تزوجها في عدتها فلم يبن بها حتى تزوج أمها أو

(١) (د): المازري.

اختها أقام مع الثانية، لأن عقد الأولى غير منعقد، وهي تحل لآبائه وأبنائه ما لم يلتذ بها، وكذلك لو عقد على ذات محرم أو رضاع وَزَنَى بإمرأة أو التَذَّ منها حرمت عليه امها وابنتها، وتحرم على آبائه وابنائه، وان كانت في عصمة أحدهما، واذا تزوج امرأة وابنتها في عقد واحد: لا يثبت نكاح البنت كصفقة جَمعت حَلالا وحراما، وليس له حبس احداهما، ويفسخ العقد، وله تزوج أيتهما شاء إن كان لم يبن بهما، وقيل: تحرم الأم للشبهة في البنت، وان بنَى بها حرمت عليه للأبد، وان بنى بأحدهما فسخ العقد، وخطب التي بَنَى بها بعد الاستبراء أُمّا كانت أو بنتًا، وحرمت الأخرى ابدًا، وان تزوج امرأة فلم يبن بها حتى تزوج ابنتها وهو لا يعلم حتى دخل بالابنة، فارقهما جميعا ولا صداق للأم، لأنه فسخ مجبور عليه قبل الدخول كالرضاع، ويتزوج الابنة بعد ذلك واستبراء[1] ثلاث حيض او وضع حمل، تفريقًا بين الماء الحلال والحرام. لأن العقد عليها مع وجود الأم في العصمة لا يحل، وتحرم الأم للأبد، لأنها من أمهات نسائه، وان عقد على الأم أخيرًا وهو لا يعلم فبنى بها او بالأم[2] حرمت للأبد، أما الأم: فللعقد على البنت، وأما البنت: فللدخول مع العقد في الأم، ولا صداق للابنة ان لم يبن بها لما تقدم، وان كان الفسخ من قبله لكنه لم يتعمده، وإن لم يبن بالآخرة ثبتت الأولى. أُمّا كانت أو بنتًا بنَى بها أم لا، وتفسخ الثانية، قال ابن يونس: قال مالك: اذا تزوج الأم بعد البنت، أو البنت بعدها، فوطىء الثانية وحْدها: فسخ نكاحها بغير طلاق، وللأولى نصف الصداق، قال ابو عمران: ولو تزوج الأم بعد البنت عالمًا بالتحريم ودخل بها فعليه نصف صداق البنت، لأنه قصد إبطال عصمتها.

(1) ي: واستبرأ ثلاثا، او وضع...

(2) كذا في النسختين ولعل الصواب: وان عقد على البنت... او على الام وهو لا يعلم فبني بها وبالبنت. فتأمل.

قال صاحب المقدمات: اذا تزوج الأم والبنت واحدة بعد واحدة[1] فله ست حالات: الحالة الأولى: أن يعقد عليهما قبل البناء فيفرق بينه وبين الثانية، ويبقى مع الأولى ان كانت البنت بلا خلاف أو الأم بخلاف، وان جهل السبق[2] فارقهما، وله زواج البنت، وتكون عنده على تطليقتين، ولكل واحدة نصف صداقها، وقيل: ربعه، قال: والقياس: ربع أوّل[3] الصداقين، وذلك ان لم تدَّع كل واحدة منهما أنها الأولى، ولا ادَّعت عليه معرفة ذلك، فإن جرى ذلك وحلفت[4] كل واحدة منهما: كان لها نصف الأكثر من الصداقين يقتسمانه بينهما على قدر صداقيهما، وان نكلتا بعد حلفه كان لهما نصف اقل الصداقين يقتسمانه على ما تقدم، وان نكلت احداهما فللحالفة نصف صداقها، فإن نكل هو وحلفتا: فلكل واحدة نصف صداقها، فإن نكلت احداهما بعد نكوله: فلا شيء لها، وللحالفة نصف صداقها، وان نكلت بعد نكوله: فلهما أقل الصداقين[5] لا بقدر صداقيهما، وإن أقر لأحداهما أنها الأولى حلفت على ذلك ولها نصف صداقها، وليس للثانية شيء، فان نكل وحلفت غرم لكل واحدة نصف صداقها.

فرع

قال: إن مات ولم تعلم الأولى: فالميراث بينهما بعد أيمانهما، وتعتد كل واحدة منها عدة الوفاة.

الحالة الثانية: الدخول بهما فيفارقهما، ولكل واحدة نصف صداقها

(1) (بعد واحدة) سقطت من (د).

(2) (السبق) سقطت من ي.

(3) (د) أقل.

(4) (د) وحلف وحلفت، وهو الصواب.

(5) (د): بقدر.

بالمسيس، وعليها الاستبراء بثلاث حيض، وحرمتا للأبد، ولا ميراث.

الحالة الثالثة: أن يدخل بالأولى فتقر[1] معها إن كانت البنت اتفاقا، أو الأم على الخلاف، وتحرم الثانية ابدًا[2].

الحالة الرابعة: الدخول بالثانية، يفارقها، وللمدخول بها: صداقها، وتحل له بعد الإستبراء بثلاث حيض إن كانت البنت، أو الأم حرمتا ابدا، ولا يرثانه ان مات.

الحالة الخامسة: دخوله بواحدة لا يعلم سبقها، فإن كانت الأم حرمتا أبدًا، وإن كانت الإبنة فراقها، وله زواجها، وعليها في العدة أقصى الأجَلَين، ولها جميع صداقها، قال ابن حبيب: ونصف الميراث، وقال محمد: لا شيء لها، قال: وهو الصواب، ولا عدة على غير المدخول بها ولا صداق ولا ميراث.

الحالة السادسة: دخوله بواحدة غير معلومة: حرمتا ابدًا. والقول قوله في تعيينها، فيعطيها صداقها، ولا شيء للأخرى، فإن نكل: حلفت كل واحدة منها أنها هي المدخول بها واستحقت جملة صادقها، فإن نكلت احداهما: فلا شيء لها.

فرع

قال: إن مات فلكل واحدة نصف صداقها عند سحنون، قال: والقياس: أقل الصداقين على قدر صداقها بعد أيمانها، وتعتد أقصَى الأجَلَين، وبينها[3] نصف الميراث على مذهب ابن حبيب، ولا ميراث لها

---

(1) كذا ي وفي د فيقر معها؟ بدون نقط؟ ولعلها: فيفارقها.

(2) (ابدا) سقطت من (د).

(3) ي: وبينهما الميراث.

عند محمد وهو الصحيح، لأن المدخول بها إن كانت الآخرة: لم يرثا، ولا ميراث مع الشك.

فرع

في الجواهر: يجوز جمعها في الملك للخدمة، أو إحداهما للخدمة والأخرى للوطء وأيها وطىء حرمت الأخرى ابدا. وان جمعها في الوطء بالملك في احديها والعقد في الأخرى: فإن وطئها او احديها: فكما تقدم في المملوكتين، والا فالمملوكة محرمة الجمع خاصة، ما لم يدخل بالزوجة، أو تكون البنت فيتأبد التحريم.

فرع

قال اللخمي: وتحرم امرأة الجد للأم والجد للأب لاندراجها[1] في لفظ الآباء كما تندرج جدات امرأته وجدات أمها من قبل أمها وأبيها في قوله تعالى: ﴿وأُمَّهَاتِ نِسائكم﴾ وبنت بنت الزوجة وبنت ابنها وكل من نسب إليها بالبنوة وان سفل، في قوله تعالى: ﴿وربائِبكم﴾.

تنبيه، اعلم أن هذه الإندراجات ليست بمقتضى الوضع اللغوي، ولذلك صرح الكتاب العزيز بالثلث للأم، ولم يعطه[2] الصحابة رضي الله عنهم للجدة بل حَرَمُوها حتى روي لهم الحديث في السدس، وصرح بالنصف للبنت، وللبنتين بالثلثين على التسوية، وورثت بنت الابن[3] مع البنت السدس بالسنة، وابن الابن كالابن[4] في الحجب، والجد ليس كالأب، والإخوة تحجب الأم.

(1) ي: لأنه راجعها، وهو تصحيف.

(2) ي: ولم يعطها. و(د) ولم يعطف. وهذا تصحيف.

(3) ي: بنت البنت مع البنت.

(4) (كالابن) سقطت من (د).

وبنوهم[1] لا يحجبون، فعلمنا ان لفظ الأب حقيقة في الأب القريب، مجاز في آبائه، ولفظ الإبن حقيقة في القريب، مجاز في أبنائه إن دل اجماع على اعتبار المجاز والا أُلغيَّ، وان هذه الإندراجات في تحريم المصاهرة بالإجماع لا بالنص، وان الاستدلال بنفس اللفظ متعذر، لأن الأصل عدم المجاز والإقتصار على الحقيقة.

فرع

قال[2]: اذا تزوج الابن امرأة فقال الأب: كنت تزوجتها، فإن فارقها لزمه نصف الصداق، وتحلف المرأة ان كان الأب ثقة. والا فلا، وإن شهد عدل مع الأب وهو عدل: حكم بالفراق، قال: وفي الصداق نظر، لأجل شهادة الأب.

فرع

قال صاحب البيان: قال ابن القاسم: اذا زوج امرأته من غُلامه فولدت جارية لا تحل الجارية لابنه، وروى ابن دينار: الجواز، قال: وهو الصحيح لعدم الحرمة بينهما، واتفقوا على حل[3] ما ولدت امرأة ابنه قبل أبيه، وفيا ولدته بعده ثلاثة اقوال: الجواز لمالك والجمهور، والمنع لابن القاسم، والكراهة لابن حبيب، قال: والذي تخيل في المنع: بقاء ابن[5] من

(1) ي: وبنتهم.

(2) (قال) سقطت من (د).

(3) (حل) سقطت من ي.

(4) (د) محل.

(5) (د): هالبن. ويمكن أن تقرأ: بقاء لَبَن.

الأول بعد وطء الثاني، وان الولد من الأول، حاضت عليه ثم انتعش بِمَاء الثاني.

المانع الثالث: الرضاع.

ويقال: الرضاع بفتح الراء وبكسرها والرضاعة، وقد تقدم مستنده، ويتعلق الفقه فيه بالمرضعة، والمرضع، واللبن المرضع، واثباته[1]، ومَن يَحرم به، فهذه خمسة فصول.

الفصل الأول: في المرضعة.

وفي الجواهر: هي المرأة دون الرجل والبهيمة، وقاله (ش) و(ح) وروي عن مالك: كراهة نكاح من أرضعه الرجال، قال اللخمي: قال ابن اللبان: تقع الحرمة به، لأن الحرمة اذا وقعت باللبن عن وطئه فَبِلَبَنِهِ[2] أولى، ويحمل قوله تعالى: ﴿وأمهاتكم اللاَّتي أَرْضَعْنَكُم﴾ على الغالب، وفي الجواهر: ويحرم ارتضاع الميتة وفحله أب لأنه يغذي، وفي مسلم[3]: قال عليه السلام: (الرضاعة من المجاعة) وقيل: لا يحرم، ولا تحل له لشبهها بالبهيمة، بل بالجَمادِ، ويحرم لبن البكر، والآيسة، وغير الموطوءة، والصبية، وقاله (ح) خلافًا لـ (ش) لأن لبنها يغذي وقاله في الكتاب. وقيل: ما لم تنقص الصبية عن سن من توطأ.

فرع

في الكتاب: تجبر ذات الزوج على رضاع ولدها إلا أن يكون لا يُرضع مثلُها لشرفها لقوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلاَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ

---

(1) (واثباته) مكانها بياض في ي.

(2) (فَبِلَبنه) مكانها بياض في ي.

(3) في الرضاع، باب انما الرضاعة من المجاعة، عن عائشة، وهو في البخاري في النكاح.

كَامِلَيْن﴾ (البقرة: 133)، ولأنها دخلت على ذلك عرفًا فيلزمها شرعًا، فإن مات الأب والصبي: قال: فلها الاستئجارُ من ماله على إرضاعه إلا أن لا يقبل غيرها فتجبر بالأجرة من ماله، وان لم يكن له مال: لزمها ارضاعه، قال ابن يونس: يريد: وإن قبل غيرها، بخلاف النفقة، لأن أصل[1] الإرضاع واجب عليها، وقال عبد الوهاب: لا يلزمها إلا أن لا يقبل غيرها، لأن الأصل: عدمُ تعلق حقه بها، قال مالك: واذا لم يكن للأم لبن أو لَها وليس له مال فعليها إرضاعه للآية، وتأخيره[2] عليه السلام الغامدية حتى إذا أرضعت ولدها حينئذٍ رجمها. فدل ذلك على تعينها له. وفي الكتاب: على الرجعية: الإرضاع كالزوجة، فإذا انقضت العدة أو كانت بائنًا: فعلى الأب أجر الرضاع، فإن اختلفا في مقدار الأجرة: فالأم أحق بما يرضى به غيرها، وليس للأب التفرقة بينها، فإن أبت فلا حقَّ لها إلا أن لا يقبل الولدُ غيرَها فتجبر عليه، قال ابن يونس: يريد: الأم أحق بأجرة المثل لا بما زاد، سواء وجد مَن يرضع غير الأم أم لا، ولو كان الأب معدما فَوَجَدَ من يرضعه باطلا[3]: قيل للأم: إما أن ترضعه باطلاً أو تسلمه، وكذلك إن كان الأب لا يقدر على أجرة المثل، ووجد من يرضعه بدونها، وإن كان موسرًا أو وجد من يرضعه باطلا: فليس ذلك له، وروي عنه أنها لا تأخذه الا بما وجد، قال: والأول احسن، لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُن﴾ (الطلاق: 6).

---

(1) ي: لأن الأصل الإرضاع. وهو لحن.

(2) رواه مالك في (الموطأ) في الحدود. باب ما جاء في الرجم. عن ابن ابي مليكة مرسلا، ووصله مسلم في الحدود، وغيره.

(3) يعني: مجانا، وما زال هذا التعبير مستعملا في دارجة المغرب.

فرع

قال صاحب البيان: اذا طلقها ليس لها طرح ولدها من حينه ، حتى يجد مرضعًا، لقوله تعالى: ﴿لاَ تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلاَ مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ﴾ (البقرة: 135).

فرع

قال: إذا اقدم الأب أجرة رضاع سنة ثم مات: رجع ما بقي للورثة. وقال مالك: ذَاك عطية الابن[1] استحقها بالحوز.

الفصل الثاني: المرضع. في **الكتاب**: لا يُحرم الرضاع بعد الحولين الا بنحو الشهرين، لأنه في حكم الحولين، وقاله (ش). وقال (ح): ثلاثون شهرًا، لنا، ظاهر الآية المتقدمة، ولأنه من الحاجة غالبا، وفي الترمذي:[2] قال عليه السلام: (**لا يُحرمُ من الرضاع الا ما فَتَقَ الأَمعاءَ، وكان قبلَ الفطام**) قال: وهو صحيح، فإن انفصل قبل ذلك واستغنى بالطعام لم يحرم رضاعه الا بعد ذلك باليسير، وفي **الجواهر**: قال مالك: يُحرم بعد الحولين بالأيام اليسيرة، وقال ايضا: مثل نقصان الشهور، وإليه ذهب سحنون، وروي عنه بعدها بشهر. وروي بثلاثة أشهر.

الفصل الثالث: اللبن المرضَع، قال صاحب **التنبيهات**: قال أهل اللغة: لا يقال: لبنات آدم لبن، بل لبان، قال والأحاديث خلاف قولهم، وفي **الجواهر**: لا يُشترط فيه أن يكون من وطء حلال على مشهور الروايتين،

---

(1) (د) قال مالك: عطية للابن استحقها بالحوز.

(2) في الرضاع، باب ما جاء ان الرضاعة لا تحرم الا في الصغر دون الحولين، عن ام سلمة، وهو صحيح.

وضابطه: ان كل وطء يلحق به الولد ويدرأ الحد ينشر لبنه الحرمة، وإن وجب الحد وانتفى الولد لا ينشر، وان انتفى الولد وسقط الحد: فالرواية الأخيرة: نشره لظهور شبه النكاح المشروع من حيث الجملة، هذا كله في حق الراضع.

وأما المرضعة: فالأم مطلقا، لأن الزنا لا ينافي الأمومة، ولو وطئت المتزوجة بشبهة وأتت بولد يحتمل أن يكون منهما فأرضعت صغيرة فهي ابنة من يثبت له نسب الولد، وقال محمد: يحرم عليها، واذا دام لبن المطلقة سنين فهو منسوب للزوج، وقيل: ينقطع بوطء زوج ثان وإن دام، وإذا فرعْنا على الأول فولدت أو حملت فقيل: ينقطع بالحمل، وقيل: بالولادة، وقيل: لا ينقطع الا بانقطاعه، وحيث لم يحكم بانقطاعه: فالولد لهما، ومنشأ الخلاف: هل يكون طرؤ الزوج أو الحمل مغيرًا للبن حتى تكون نسبته إلى الطارىء أولى ام لا ؟

فرع

قال اللخمي: اذا تزوجت فولدت، ثم تزوجت وطلقها، ثم ثالثا ولبن الأول باق، وطالت المدة عن اصابة الوسط سقط حكمُه، لأنه كان سبب التكثير، والطول يبطله، والحرمة تقع بالإنزال بالوطء لقوله[1] عليه السلام: (لا يسْقِ أحدُكُم ماءَه زَرعَ غيره) ولو قبَّل أو باشر فَدَّرت اللبن لم يَكن أبا إجماعًا، وان كان وجود سببه لبعد السبب.

---

(1) رواه احمد في (المسند 108/4) وابو داود رقم: 2158 والترمذي رقم: 1131 عن رويفع بن ثابت الأنصاري، وسنده صحيح، ولفظه: من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسق ماءه ولد غيره.

فرع

ليس من شرطه عدد رضعات، بل مطلق الرضاع يحرم، وقاله (ح) واشترط (ش): خمس رضعات. لقول عائشة رضي الله عنها في مسلم:[1] **كان فيما أنزل الله تعالى من القرآن: عشر رضعات معلومات يحرمن، ثم نسخن بخمس معلومات، فتوفي عليه السّلام وهو فيما يقرأ من القرآن**. ولقوله[2] عليه السلام: **(لا تحرم الرضعة ولا الرضعتان، ولا المصة ولا المصتان)** ولأنه سبب تحريم فيشترط فيه العدد كاللعان، **والجواب عن الأول**: أن إحالته على القرآن الباقي بعده عليه السلام يقتضي عدم اعتباره، لأنه لو كان قرآنا لتلي الآن، لقوله تعالى: **﴿إِنَّا نَحْنُ نَزَّلْنَا الذِّكْرَ وإِنَا لَهُ لَحافِظُونَ﴾** (الحجر: 9)، **وعن الثاني**: أن في سنده طعنًا[3]. سلمناه، لكنه مروي عن عائشة رضي الله عنها فهو مستنبط من الأول. وقد ظهر بطلانه، **وعن الثالث**: أنه مغلوب بأنه سبب تحريم فلا يتوقف على الخمس كاللعان، ومعارض بأنه سبب تحريم فلا يتوقف على العدد كالنكاح على غير الزوج كالطلاق على الزوج. اذا ظهر ذلك بطل قول الشافعية: ان القُرآن مطلق والسنة مقيدة، فيحمل المطلق على المقيد.

تفريع، في الكتاب: الوَجور يُحرم، وقاله الأئمة لحصول المقصود، وكذلك السعُوط والحقنة الواصلة إلى محل الغذاء.

فائدة. الوَجور بفتح الواو: الصب في وسط الفم، واللدود: الصب في أحد جانبيه، من: لديدي الوادي وهما جانباه، وفي الجواهر: في السَّعوط

---

(1) في الرضاع، باب التحريم بخمس رضعات، عن عائشة.

(2) مسلم في الرضاع، باب في المصة والمصتان، وابو داود في النكاح. والترمذي في الرضاع، عن عائشة.

(3) في (ي): لمعنى، وهو تحريف.

والحقنة خلاف، قال ابن يونس: لم يشترط ابن حبيب الوصول إلى الجوف في السَّعوط والحقنة، وقال: اذا خُلط اللبن بكحل نفاد كالمر والصبر والعنزروت حرم، والا فلا، ولم يعتبر ابن القاسم القسمين، لأن مرور اللبن في الدماغ كمروره على سطح الجسم لا يحصل غذاء ولو وصل للجوف وكان مستهلكا.

فرع

قال ابن يونس: قال مالك: لا ينهى عن الغيلة، وهي وطء المرأة المرضعة،[1] لقوله عليه السلام في الصحيح: **(لقد هممت أن أنهى عن الغيلة حتى ذكرت أن الروم وفارس يصنعون ذلك فلا يضر أولادهم)** وقيل: هي إرضاع لبن الحامل على الصبي، والمتوقع من الفساد: إضعاف المني[2] اللبن لمشاركة الرحم الثدي في المجاري، ولذلك تتحرك شهوة النساء بمسك الثدي، وان الحمل يمنع الحيض فينحصر في الجسد فيفسد اللبن، ولم يشترط عبد الملك الإنزال، ولعله اكتفى بمني المرأة.

فرع

قال: اذا درت ما لا يُحرم وانما[3] يحرم اللبن المغذى.

---

(1) مسلم في النكاح. باب جواز الغيلة، عن جذامة الأسدية، ورواه الترمذي في الطب.

(2) (د) المني من اللبن.

(3) (ي): ولا يحرم الا اللبن المغذي.

فرع

في الكتاب: اذا استهلك اللبن أو صار مغلوبا بطعام او دواء، لم يحرم، وقاله (ش)، لأن الحكم في الحكم للغالب، وقاله (ح) في المغلوب بالماء والمختلط بالطعام إن كان اللبن غالبا، لأن الطعام اصل اللبن، واللبن تابع والهواء[1] كالماء عنده، واذا اختلط عنده لبن المرأتين تعلق التحريم بأغلبهما، ويشهد لنا: أن النقطة من الخمر لا يحد عليها اذا استهلكت مطلقا، قال ابن يونس: وقال مطرف: تحرم لحصول الإغتداء بتلك الأجزاء وان اختلطت بغيرها، والنقطة من الخمر اذا اختلطت لا تسكر، ولا تصلح للإسكار مع امثالها فظهر الفرق.

قاعدة، إذا نصب الشرع سببًا لاشتماله على حكمة اختلف العلماء في الاقتصار على عين السبب، لأن الشرع لم ينصب غيره، ويجوز اعتبار الحكمة[2] لانها أصْل وضع السبب، والأصل أقوى من الفرع كما شرع[3] السرقة سببًا في القطع لحكمة صون الأموال، والزنا سببا للحَد لحكمة صون الأنساب، وهاهنا شرع الرضاع سببًا للتحريم لحكمة كونه يُغذي حتى يصير جزء المرأة الذي هو لبنها جزء المرضع، كما يصير منيها وطمثها جزءًا من الولَد في النسب، فإذا حصلت المشاركة حصلت البُنوة، فإذا استهلك اللبن، عدم ما يسمى رضاعا ولبنا، ولم يبق الا الحكمة، فهل تعتبر أم لا؟ هذا منشأ الخلاف، وقال ابن يونس وغيره من الأصحاب: اللبن المستهلك لا يغذي. وليس كذلك، لأن لبن[1] الحيوان يحصل آخر

---

(1) (والهوا) ساقطة من (ي).

(2) (د) اعتبار الحكمة صونا لانها أصل.

(3) كذا في النسختين.

(4) في (د): جسد xxxx (ي) انه في المنقول منه شبه بول او بدن، واظن انه لبن.

الغذاء ممّا خالطها في جَوفه وان قلت وكثُر المخالط، وذلك معلوم عند الأطباء، ويدل على عدم اعتباره[1] هذه الحكمة اذا انفردت: أن الحرمة لا تقع بدمها ولا لحمها وإن أغذيا الولد إجماعا، وان الكبير يغذى باللبن ولا يُحرمه، وعلى هذه القاعدة يتخرج إرضاع الذكور ورضاع الكبير والحقنة والسعوط[2] والكحل وكثير من الفروع فتأملها بفكر حسن[3].

فرع

في الكتاب: كره لبن المجوسية والكتابية من غير تحريم، لتولده على الخنزير والخمر، وقد تطعمُه ذلك خفية، ونهى[4] عليه السلام عن استرضاع الفاجرة وقال: اتقوا ارضاع الحمقاء فإنه يغذي[5].

الفصل الرابع: في إثباته، وفي الجواهر: إذا اتفق الزوجان عليه اندفع النكاح وسقط المهر إلا[6] ان يدخل، وإن ادّعاه الزوج وانكرت اندفع النكاح ولا صداق، ان سمع منه قبل العقد، والا فعليه جميع الصداق، لأن اعتراف الإنسان لا يُسمع على غيره، وإن ادّعت هي وانكر الزوج لم يندفع إلا أن يشهد بسماع ذلك منها قبل العقد، ولا يقدر على

---

(1) د ويدل على اعتباره.

(2) (والسعوط) سقطت من (ي).

(3) (حسن) مكانها بياض (ي).

(4) في سنن ابي داود في باب الرضاع: نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان تسترضع الحمقى، وهو مرسل ضعيف، ورواه الطبراني في الأوسط عن عمر، وفي سنده ضعيف ايضا، وروى البزار في (المسند) والطبراني في الصغير عن عائشة مرفوعا: لا تسترضعوا الورهاء، قال يونس بن حبيب: الورهاء: الحمقاء. واسنادهما ضعيف (المجمع (4/ 262).

(5) كذا في النسختين بالغين المعجمة، ولعله بالمهملة من العدوى.

(6) (د) الأول ان يدخل.

طلب المهر إلا أن يكون دخل بها مؤاخذة لها بإقرارها، وإقرار أبوي الزوجين قبل النكاح كإقرارهما، أجمع عليه مالك وأصحابه، لأن لهما مدخلا في العقد فيؤاخذان بإقرارهما، وأما بعد النكاح فلا، إلا أن يتنزه عنها لأنه إقرار على الغير حينئذٍ، ويتهمان في إسقاط المهر بالفسخ، وأما الشهادة: فتثبت بشاهدين، وقال (ش): لا بد من أربع نسوة، وقال (ح): لا بد من رجلين أو رجل وامرأتين، ولا تستقل به النساء. ويثبت عندنا بامرأتين إن فَشَا ذَلك من قولهما حتى يكون[1] بشهادة سماع، والا فلا، لأنه من أحكام الأبدان لا تقبل فيه شهادة النساء، وقاله مطرف في الرجل[2] والمرأة واحدة، وان قاما حين العلم بالنكاح اذ لا يتهمان، جعله من باب الرواية قال ابن حبيب: وعليه جماعة الناس، وأم احد الزوجين قيل: كالأجنبية، وقيل: أرفع منها لاختصاصها بالاطلاع ولنفي التهمة. وكذلك أبو الزوج أو الزوجة هل هو كالأجنبي اذا لم يتول[3] العقد أم لا؟ فإن تولاه فهو كأحد الزوجين، فإن اجبر ثم تولاه فسخ، فإن أخر حتى كبر الولد وصارت الولاية إليه فهل يفسخ نظرًا لتوليه أم لا يفسخ ويكون شاهدا نظرًا[4] لفسخ ولايته خلاف، وابن حنبل[5] لم يفرق فيستحب، وفي الكتاب: اعتراف الأب يؤاخذ به فيفسخ العقد، لأنه مقر على فعل نفسه، ولو اشترى جارية أو أراد شراءها، أو خطب امرأة فقال الأب: قد تزوجت الحرة أو وطئت الأمة، لا يقبل قوله، لأنه ليس مقرًا على فعل نفسه، وكذلك الأم، وان فشا من قولها قبل العقد، لأنها ليست عاقدة قال ابن يونس: قال ابن الكاتب: إذا أقرت المرأة بالرضاع وصدقها

---

(1) (د) حتى تكون شهادة سماع.

(2) الأصل: قاله مطرف بواحدة ان قامت حين العلم بالنكاح اذا لم يتهم.

(3) (د) يتناول وهو تحريف.

(4) (د) ناظر الفسخ.

(5) (ي): وابن حبيب.

رجع عليها بالصداق إلا ربع دينار، كالغارة في العدة، وان لم يصدقها لم يسمع منها، لأنها تتهم على فراقه، وان صدقها قبل الدخول لم يترك لها[1] شيئًا.

نظائر، قال أبو عمران: يشهد بالسماع في أربعة عشر موضعًا: الرضاع، والحمل، والحُبُس، والنسب، والولاء، وهل يقضى[2] بالمال فقط أو بالنسب قولان، والموت، والنكاح، وتولية القاضي، وعزلهُ، والوصية، وترشيد السفيه، واليتيم، والولادة والضرر زاد العبدي[3]: ما تقادم عهده من الأشرية، والعدالة، والجرحة، والإسلام، والكفر، وأن فلانا وصي، زاد ابن بشير: الصُدقات المتقادمة، والحيازات، والحرية والقسمة،[4] وقال: هي ثلاث وعشرون وعدَّ جميع ما تقدم.

الفصل الخامس: فيمن يَحرم[5] منه، وفي الجواهر: تحرم منه أصول ثلاثة: المرضعة فتصير أما، وزوجها فيصير أبا، والصبي فيصير ابنًا، والفروع المرتبة على هذه الأصول، كحرمة النسب، لقوله[6] عليه السلام: (يحرُم من الرضاع ما يحرم من النسب) متفق على صحته، فيحرم الراضع أمهات المرضعة بالنسب والرضاع، لأنهن جدات، وأخواتها نسبًا ورضاعا، لأنهن خالات، واولادها نسبًا ورضاعا، لأنهن اخوات، وكذلك فروع هذه المحرمات على قانون النسب، فلا يستثنى إلا[7] أولاد الأعمام

---

(1) (د) شيء.

(2) (ي): وهل يقتضي بالمال فقط او بُطل والمولىٰ قولان.

(3) (ي): العبادي.

(4) (ي): القسامة.

(5) د تحرمه منه.

(6) البخاري في النكاح، باب: (وامهاتكم اللاتي ارضعنكم) وسلم في الرضاع، باب تحريم الرضاعة من ماء الفحل، عن ابن عباس.

(7) (د) فلا يستثني اولاد الأعمام، وهو تحريف.

والعمات كالقرابات، ولا تحرم المرضعة على أبي الرضيع ولا أخيه، لأنه أجنبي منها، وقال غيره: كل ما حُرم من النسب حَرُم من الرضاع إلا أم ابنه من الرضاع، واخت ابيه لأنه اجنبي منها. وهو متفق عليه؛

تفريع

في الكتاب: إذا أرضعت صبيًا بعد فطام ولدها فهو من زوجها، وكذلك لو ارضعته وهي حامل، أو درت من غير حمل وهي متزوجة، لأن اللبن بسبب وطء الزوج[1]، ولو انقضت عدتها وهي ترضع فحملت من الثاني فأرضعت صبيًا فهو ابن لهما، قال اللخمي: اللبن يكون للفحل بثلاثةاسباب: أن يوجده، أو يكثره، أو يباشر منيه الولد في البطن، واذا أصابها وهي ذات لبن من غيره، ثم أمسك عنها حتى عاد اللبن إلى ما كان عليه سقط حكم الوطء، قال مالك: واذا وطىء أمة حاملا من غيره وقعت الحرمة بالوطء، ويعتق ذلك الولد على الواطىء بالسراية لأنه ابنه، ولم يوجب سحنون العتق، وان ولدت جارية لم تحل له لأنها ابنته، واذا أصاب[2] أمة رجلان فأتت بولد فألحقته القَافةُ بأحدهما وقعت الحرمة بينه وبين الآخر، قاله محمد، واذا تزوج امرأة في العدة فأصابها قبل حيضة، أو أصاب امة قبل الاستبراء فحدث لها لبن صارت الحرمة للواطىء الثاني، وقال ابن شعبان في هذين:[3] لا حكم للثاني تغليبًا للأصل، وفي الأمة تلحق القافةُ الولَد بأحدهما: تسقط أبوة الآخر.

قال ابن يونس: لبن المرضعة بلبن الزنا يعتبر في حقها دون الزاني لسقوط نسبه الذي هو أصل الرضاع، ولبن الملاعنة يحرم الرجل والمرأة

---

(1) (ي): رجل.

(2) (ي): اصابت، وهو لحن.

(3) (ي): في مدبر.

لقبوله الاستلحاق، وقال ابن حبيب: اللبن في الوطء بالعقد الفاسد وبالزنا يُحرم من الطرفين، لأنه لبن الرجل، وقد كان مالك يرى أن كل وطء لا يلحق فيه الولد لا يحرم لبنه للفحل، إلحاقًا للرضاع بالنسب، ثم قال: يحرم نظرًا لوجود اللبن، والعم من الرضاع لا يُحرم اخوة من النسب ولا الرضاع، كما لا يحرم اخت من ارضعته الأم، لانقطاع النسب بين الجنينين،[1] وكذلك اخت أخ النسب من الرضاع.

ويحرم الجمع بين المرأة وخالتها من الرضاع كالنسب، ولو تزوج صغيرتين فأرضعتها كبيرةٌ اختار واحدة، وفارق الأخرى، ولا يفسد العقد كما يفسد العقد بين الأختين لانعقاده صحيحا، فإن كن اربعًا فأرضعت واحدة ثم أخرى، فاختار الثانية، ثم أرضعت ثالثة اختار ايضا، فإن فارق الثالثة فأرضعت رابعة، حبس الثالثة ان شاء أو الرابعة، وفارق الأخرى، فان ارضعتهن كلهن فله اختيار واحدة منهن، ولا يرى ابن القاسم المفارقة صداقًا، لأنه فسخ قبل الدخول، وقال محمد: لها ثمن صداقها لأنه لو فارقهن كان له نصف الصداق بينهن، وقال ابن حبيب: يعطي كل مفارقة نصف صداقها لأنه مختار، وليس كالفسخ، واختياره فسخ بغير طلاق عند ابن القاسم لعدم الصداق عنده. وبطلاق عند غيره، ولا شيء على المرضعة لهن وان تعدت عند ابن القاسم، لعدم وجوب شيء على الزوج، لأنه غير مطلق، وعليها للزوج ما غرم كالرجوع على الشاهد عند من يقول: للمفارقة صداق.

فرع

قال: لو مات الزوج قبل اختياره فصداق واحد للجميع، وتتفق الأقوال كلها لثبوت نكاح واحدة فيقع التداعي في صداقها، قال ابن

---

(1) (د): الحرس.

حبيب: وكذلك المجوسي يُسلم عن عشر نسوة قبل البناء فيختار أربعا فيعطي كل مفارقة نصف صداقها.

فرع

في الكتاب: اذا تزوج كبيرة ورضيعتين في عقد، وسمى لكل واحدة صداقها، فأرضعت الكبيرة احديها قبل البناء، فالكبيرة في عصمته او بعد فراقها حرمت للأبد، لأنها أم نسائه دونهن لعدم الدخول، والصغيرة[1] وهن ربائب[2] بعد بنائه بها فلها الصداق، وحرمت الصغيرة معها بغير صداق، فإن فارق الكبيرة بعد ان مسها أو التذ بها فتزوج صغيرة بعد عشرين سنةً فأرضعتها حرمت الصغيرة، ولو أرضعها اهل الأرض حرمن عليه، لأنهن أمهات نسائه، وفي الجواهر: لا غرم على المرضعة على المنصوص، واستقر[3] اللخمي الغرم على المتعدية، فلو ارتضعت نائمة لأغرم عليها قولا واحدا.

فرع

قال: لو تزوجت المطلقة صغيرًا فأرضعته حرمت على المطلق، لأنها صارت امرأة[4] ابنه، وكذلك المستولدة.

---

(1) (والصغيرة) سقطت من (ي).

(2) (ي): أو بعد.

(3) (د) واستقرأ اللخمي.

(4) (د) ام ابنه، وهو الصواب.

فرع

قال: اذا تزوج رجلان[1] كبيرة وأخرى رضيعة،[2] ثم تزوج كل واحد منهما امرأة الآخر، فأرضعت الكبيرة الصغيرة حرمت الكبيرة عليهما لأنها أم الصغيرة التي كانت امرأتهما، والصغيرة ربيبته فينظر أَدَخَلَ بالكبيرة أم لا؟

فرع

قال: تحته امرأتان أرضعت الكبيرةُ بلبنها الصغيرة حرمتا، لأن الكبيرة أم امرأته، والصغيرة ابنته، فان كان اللبن لغيره: فالصغيرة ربيبته إن دخل بالكبيرة حرمتا، والا فالكبيرة وحدها، فلو كان مع الكبيرة ثلاث صغائر فأوجرْن لبنّها من غيره دفعة واحدة، وهي مدخول بها، حرمن مع الكبيرة، أو غير مدخول بها، حرمت وحرم الجميع بينهن، وان كان اللبن له: حرم الجميع دخل أم لا، لأنهن بنات لا ربائب، فلو كان للكبيرة ثلاث بنات أرضعت كل واحدة صغيرة، فالكبيرة جدة الصغار وحرمت، والصغار ربائب.

المانع الرابع: اللعان

واللعان في اللغة: البعد، سميت هذه الأيمان لعانا: إما لذكر اللعنة معها، وإما لبعد الزوجين في هذه الحالة من الائتلاف بالزوجية وودها، وإما لأنها محرمة عليه للأبد وهو بعد[3].

---

(1) (رجلان) سقطت من (ي).

(2) (ي): صغيرة.

(3) (بعد) مكانها بياض.

ويتمهد هذا المانع بالبحث عن: السبب المبيح للقذف، ثم عن حقيقة ما يوجب اللعان منه، ثم بيان الملاعن والملاعنة، وصفة اللعان وثمرته، فهذه ستة أبحاث.

البحث الأول: في الأسباب المبيحة للقذف، وهي ثلاثة: السبب الأول: الدفع عن النسب ليلا يختلط به غيره، فيزوج غير الولي، ويحجب غير الوارث، ويخالط غير القريب، وتنتشر[1] هذه المفاسد في الأصول والفروع، وفي الجواهر: اللعان لذلك واجب، قال اللخمي: وهو سبعة أقسام: أربعة متفق عليها، اذا اجتمع الإستبراء والرؤية وأتى بعد ستة أشهر من الرؤية، وبعيد[2] بالأمد دون رؤية ولا استبراء، فيقول: لم أصبها من أربع سنين أو خمس أو سبع على الخلاف في أكثر مدة الحمل الذي يلحق فيه الولد، أو يقول: لم أصبها بعد الوضع، أو يقول: لم تلِد به، وقال أشهب: إذا قال: لم تلد به (ولم يكن رأى منها حملا حتى وضعته، إن لم ينتف منها لاعن، وان قال: هو ولدي ولم تلد به)[3] لحق به من غير لعان، وبقيت زوجة، لأنه لم يقذفها، فالمختلف فيها: الاستبراء بانفراده، والرؤية بانفرادها، واذا كانت ظاهرة الحمل عند الرؤية، أو لم تكن ظاهرة وأتت[4] به لأقل من ستة أشهر، واذا لم يتمكن من نفيه بالرؤية بانفرادها، أو الاستبراء بانفراده، لم يحد، لأنه يقول: ظننته دليلا على النفي مني والحد يدرأ بالشبهة.

---

(1) (ي): وتنشأ.

(2) كذا (ي) دون نقط الحرف الاول، وفي (د): ومسه.

(3) ما بين القوسين سقط من (ي).

(4) (وأتت) سقطت من (د) ولا بد منها.

فرع

قال اللخمي: قال ابن القاسم و(ش):[1] القيام بالولد على الفور عند العلم به، فإن سكت بطل قيامه، لأن سكوته إقرار، وقال: ابن القصار: اذا قال: رجوت أن يكون ربحا له الملاعنة إذا لم[2] تجاور ثلاثة ايام بعد الوضع، أو يظهر ما يدل على الرضا مثل قبول التهنئة قبل الثلاث، ويشهد لذلك حديث المصراة، وإذا لاعن للرؤية ثم ظهر حمل: قال ابن القاسم: يكفي اللعان الأول، وقال عبد الملك: يلاعن، لأن الأول لم يكن للولد، ولولا ذلك لم يكن عليه أن يسأل عن الاستبراء، وهو يرجع إلى الخلاف في جواز الاقتصار على قوله في النفي: زَنَت، فإن أكذب نفسه في اللعان الثاني لحق به، ولم يحد، لإسقاط اللعان الأول الحد، إلاَّ عَلَى قول عبد الوهاب: أن أصل اللعان لِنفي النسب، وسقوط الحد تبع، وفي الإكمال: روي عن مالك: لا ينفى الحمل إلا بعد الوضع، وقال (ش): يلاعن بالقذف المجرد عن رؤية الزنا، وفي نفي الحمل[3] لمالك قولان في ذلك.

فرع

في الجواهر: إنما يحتاج إلى اللعان إذا أمكن أن يكون الولد من الزوج، أما إذا لم يمكن إما لقصر المدة عن ستة أشهر، أو لطول المسافة بين الزوجين او لصباء الزوجين[4]، أو لصباء الزوج، أولا يولد له، فلا يلاعن ويلحق الولد، لباقي[5] الانثيين ان كان يولد لمثله في العادة، بخلاف

(1) (و (ش) سقط من (د).

(2) (ي): ان تجاوز.

(3) (د): ولمالك.

(4) (او لصباء الزوجين) سقطت من (د).

(5) كذا (ي) وفي (د): للباقي الانتيين. وفيه شيء ولعلها: لتجافي الانثيين.

ما في الذكَر إلا ان يولد لمثله عادة، والإقرار بالوطء بين الفخذين مع الإنزال يلحق الولد ولا يلاعن[1] له، ولو وطىء[2] أمته ثم أمرأته قبل قوله واستل عنها لحق الولد ولا لعان، لاحتمال أن يكون في احليله من الأول ماء، قال الأبهري: اذا كان الخصي والمجبوب ينزلان[3] لاعنا، ويلاعن الشيخ الكبير والعنين في الرؤية ونفي الحمل لوجود الإمكان.

فرع

في الجلاب: إذا أقر بحملها ثم ادعى رؤية الزنا: فثلاث روايات: يحد ويلحق به الولد، ولا يلاعن لإقراره بالحمل، وهو سبب أصل[4] مشروعية اللعان، ويلاعن وينتفي عنه، لأن الإقرار قد يكون عن ظن كاذب، ويلحق به الولد لإقراره، ويلاعن لدَرءِ[5] الحد كما يلاعن لو رَمَى مَن لا تلد.

فرع

قال: اذا ماتت في غيبته بعد الولادة، فله نفيه بعد موتها حفظا للنسب، ويرثها.

السبب الثاني: التشفي بانفراده، وإن لم يكن بها حمل إذا[6] تيقن الزنا، وفي الجواهر: يباح له عند ذلك، ولا يجوز اعتماده على العزل.

---

(1) (ي): ولا لعان له.

(2) الاصل: وله وطء امته ثم امرأته قبل يولد، واستل عنها، وفي العبارات تصحيف.

(3) (ينزلان) سقطت من (د) وهي ضرورية.

(4) (أصل مشروعية اللعان) سقطت من (ي).

(5) (لدرء) مكانها بياض في (ي).

(6) (ي): واذا وفي (د): اذا انتفى.

السبب الثالث: في الجواهر: دفع العقوبة عن نفسه (سواء كانت[1] حدًّا أو تعزيرا).

البحث الثاني: في القذف الموجب للعان، والأصل في القذف: التحريم، وايجاب الحد، كما هو في الأجنبي، وانما ابيح للزوج لضرورة حفظ النسب وشفاء[2] الصدور، ولما خرج من حيز التحريم لم يناسب العقوبة بالجلد مطلقا، بل عند عدم ظهور الغرض الصحيح وجعل له مخلص بالأيمان المباحة، لقوله تعالى: ﴿والذِينَ يَرْمُونَ أزواجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إلاَّ أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِم أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بالله إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ، وَالْخَامِسَةُ أَن لَعْنَةُ اللهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الكَاذِبِينَ، ويَدْرَأُ عَنْهَا العَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادات بِاللهِ إِنَّه لَمِنَ الكَاذِبِينَ، وَالْخَامِسَةُ أَن غضبَ اللهُ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ﴾ (النور: 6).

تفريع، في الكتاب: يجب اللعان باثنين متفق عليهما: رؤية الزنا كالمرود في المكحلة، ونفي حمل يدعى قبلَه الاستبراء، أو واحِد مختلف فيه، وهو قذفها من غير دعوى رؤية ولا نفي حمل، قال ابن القاسم: أكثر الروايات على أنه يحد ولا يلاعن، لأن الأيْمان انما[3] تنزلت منزلة البينة في درء الحد عنه وتوجهه عليها. والسند لا بد أن يصف ولا يَقتصر[4] على مجرد القذف، ولابن القاسم قولان، قال ابن يونس: يكفي في دعوى الاستبراء حيضة لحصول براءة الرحم بها، قاله مالك واصحابُه إلا عبد الملك اشترط ثلاثا، ورواه عن مالك، وقيل: لا يحتاج إلى صفة الرؤية، لأن الآية لم تشترطها، والفرق: أنه محتاج لحفظ نسبه، ولا حاجة للشهود، فغلظ عليهم

(1) ما بين القوسين سقط من (د).
(2) (د): وتسشفي.
(3) (ي): لأن الايمان نزلت.
(4) (د) والبينة ان نصف.

طلبًا للستر، وفي الكتاب: اذا ولدت ميتًا أو مات بعد الولادة، ولم يَعلَم به لغيبة أو غيرها فنفاه: لاعَن لأنه قاذف، واذا زنت فَحُدتْ ثم قال: رأيتها تزني ولم يقذفها بالزنا الأول: التعن للتشفي أو لنَفي الحمل، فإن أكذب نفسه لم يحد، لأنه قاذف زانية، وفي الجواهر: لو لاعَنها فأبانها ثم قذفها بتلك الزنية فلا حد ولا لعان، لاستيفاء موجبه قبل ذلك، وقال ربيعة: يحد، وإن قذفها بزنية أخرى فان كانت لم تلاعن وحدت، لم يجب الحد، لسقوط حصانتها بتلك الزنية بموجب لعانه، وان لاعنت وجب الحد، وان قذفها أجنبي فاولى بالحد، لأن أثر لعان الزوج لا يتعدى لغيره.

قاعدة، الحصانة لا تعود بالعدالة، لأن الله تعالى انما أوجب الحد في المحصنات فمَن ثبتت جنايتُه بالزنا ذهبت حصانتُه، وهذا مقام تزلزل فيه الفكر، وتضطرب العبر، وكيف يصير المقذوف من اهل الولاية والعدالة وجانبه مهضوم، والزنية الثانية التي رماه بها أو رمى المرأة لم يقم عليها مصدق للرامي، وأي فرق بين هذه الأذية هاهنا وبين أذية من لم يتقدم له زنا، وهما مولمان[1] مؤذيان للرمي أذية ظاهرُها الكذب، أما اذا رمي بالفرية الأولى فهو صادق فلا يلحق بمحل[2] الإجماع بالحد بل في التعزير، والجواب عن الأول يتخرج[3] على قاعدة وهي: أن الله تعالى اذا نصب سببًا لحكمة اختلف العلماء هل يجوز ترتيب الحكم على تلك الحكمة حيث وجدت لأنها الأصل في اعتبار ذلك السبب أولا يجوز؟ لأن الله تعالى لم ينصبها، وهو الصحيح عندهم، كما نصب السرقة سببًا للقطع لحكمة حفظ الأموال، فمن أخذ مالا بغير السرقة لا يجوز قطعه، ونصب الزنا سببًا للرجم لِحكمة حفظ الأنساب، فمن سَعَى في لبسها بغير الزنا لا يجوز

(1) موالهتان مودسان.

(2) (بمحل) مكانها بياض بالاصل،.

(3) الأصل: والجواب عن هذا.

رجمه وكذلك هاهنا شرع القذف سببًا للحد لحكمة حفظ الأعراض وصونا للقلوب عن الأذيات، لكن اشترط فيه الإحصان من جملة[1] عدم مباشرة الزنا، فمن باشر فقد انتفى في حقه عدم المباشرة، فإن النقيضين لا يصدقان، والعدالة بعد ذلك لا تنافي كونه باشر، فإن لاحظنا الحكمة دون السبب، كان ذلك لِحسن ايجاب الحد (فإن اقتصرنا على خصوص السبب لا يوجب الحد)[2]، ويؤكد ذلك أن الحدود تعبدية من جهة مقاديرها، وإن كانت معقولة الحكمة من جهة أصولها، والتعبد لا يجوز التصرف فيه، فظهر أنه لا يلزم من الاستواء في الأذية الإستواء في الحد.

فرع

في الجواهر: ان قذفها أجنبية ثم تزوجها وقذف فلاعَن، اندفع الحد الثاني، واستوفى الأول، لأن اللعان لا يدفع قذفًا قبل الزوجية.

فرع

في (الكتاب): اذا قذفها وقد كانت غُصبت الْتعَن، وقال غيره: إن قذفها بغير الغصب تلاعنا جميعًا، وان غصبت واستمرت حاملاً لا ينتفي الا بلعان، ولا تلتعن هي، لأنها تقول: إن لم يكن منك فمن الغاصب، قال ابن يونس: قال محمد:[3] هذا ان عَلم الغصب برؤيتها متعلقة تدمي، أو غاب عليها، وإن انفردت دعواها فلا بد من اللعان.

قال مالك: وتقول: أشهدُ بالله ما زنيت، ولقد غلبت[4] على نفسي،

(1) (ي): من جملته.

(2) ما بين القوسين سقط من (د).

(3) (د): هو... بريتها.

(4) (د) عن.

قال محمد: وتقول في الخامسة: أن غضب الله عليها ان كان[1] من الصّادقين، ولا[2] يسقط الحد عنها موافقة الزوج لها على الغصب، وان كان الحمل، لأنه حق لله، قال صاحب النكت: تصديق الزوج على الغصب لا ينفي الولد منه[3] باللعان، بخلاف تصديقه على الزنا عند ابن القاسم، لانتفاء التهمة بتزوجه[4] الحد عليها، فصدقت على قطع النسب، ولو رجعت عن إقرارها قبل الحد (استوى المسألتان)[5]، وتقبل دعوى الغصب من ذات الزوج من غير حد فيما ظَهَرَ من حمل لقدرتها على الإلحاق[6] بالزوج بخلاف الغرية إلا ان تصح وتفضح نفسها.

فرع

قال ابن يونس: اذا أنكر حمل امرأته قبل البناء ثم مات، لحقه لعدم لعانه، ولها الصداق، لأن الموت يكمله ولا يلاعن، لأن سبب لعانِها لعانه (ولم يوجد، وترث.

في الكتاب: القائل: وجدتها معه في لحاف، او تجردت له)[7] أو ضاجعته، لم يلتعن، ويؤدب ان لم تكن له بينة حتى يصف الوطء، ولم يجعل هذا تعريضا بالقذف كما في الأجنبي، لعذر الزوجية، وقال[8]: ابن الملاعنة أو أمه يوجب الحد لقبول اللعان للاستلحاق، ولو قذفها زوجها بعد اللعان

(1) (د): ان كانت من الكاذبين، وهو خطأ.

(2) الأصل: واسقط الحد عنها، وهو تحريف.

(3) (ي): معه.

(4) (بتزوجه) مكانها بياض (ي).

(5) ما بين القوسين سقط من (ي).

(6) (د): اللحاق.

(7) ما بين القوسين سقط من (د).

(8) (وقال) سقطت من (ي).

حُدَّ، قاله ربيعة، قال ابن يونس: قيل: يُحَد بذكر المضاجعة كما لو قاله لأجنبي، ولو طالبته بذلك فقال: رأيتها تزني، فله الملاعنة، قال ابن القاسم: ولو قذفها أجنبي بعد لعان الزوج، أُخر حتى يلتعن فيُحَد اولا (والا فلا)[1] لثبوت زناها، وقال أشهب: لا يؤخره، ولو قذفها قبل تمام لعان الزوج لم يُؤخر، وان أخر لا يَسقط الحد اذا التعنت، وخالف محمد ربيعة في حد الزوج لِقذفه بعد اللعان لأنه إنما لاعن لقذفه، قال سحنون: وإذا قذفها بمعيَّن فحُد له، سقط اللعان وحق الزوجة، كقاذف رجلين يحد لأحدهما، وان طولب باللعان فنكل فتحَد، سقط حد الرجل، وفي الكتاب: القائل: رأيتها تزني بفلان فيلاعن فتحَد لفلان لبقاء حقه، والمنكر للون ولده لا يلاعن، لما في مسلم[2] (أنه عليه السلام أتاه أعرابي فقال: يا رسولَ الله، إن امرأتي ولدت غُلاما أسود، وإني أنكرته، فقال له عليه السلام: هل لك من إبل؟ قال: نعم، قال: ما لونها؟ قال: حمر، قال: هل فيها من أورق؟ قال: نعم، قال عليه السلام: فأنى هو؟ فقال: لعله يا رسول الله يكون نزعه عرق له، فقال له عليه السلام: وهذا لعله يكون نزعه عرق له، زاد البخاري: ولم يرخص له في الانتفاء منه) وإذا لم يرفع القذف إلى الإمام فلا شيء فيه، قال اللخمي: إذا قال: أقرت عندي بالزنا حُد، ولم يلاعن، لجواز حمل الإقرار على قبل الزوجية، والأصل في القذف: الحد واللعان.

فرع

واذا قال: لم أجدك عذراء، لا يحد ولا يلاعن، لأن العذرة تذهب بالوثبة والحيض والتغبيس[3].

---

(1) ما بين القوسين سقط من (ي).

(2) رقم 1500 والبخاري في الطلاق، باب اذا عرض بنفي الولد، عن ابي هريرة.

(3) كذا الاصل وفي (د): العسر.

فرع

في الجواهر[1]: قال القاضي ابو بكر: لا يمنع اقامة البينة على القذف من اللعان، وقوله تعالى: ﴿وَلَم يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إلاَّ أَنْفُسُهُم﴾ خرج مخرج الغالب فسقط مفهومه إجماعا (وبه قال (ش) خلافا لـ(ح) وفي الكتاب: اذا شهد عليهما اربعة احدهما زوجها لاعن الزوج، وحُد)[2] الثلاثة لرد شهادته بالتهمة، قال ابن يونس: قال مالك: فإن رجمها الإمام ثُم علم بذلك لم يحد الثلاثة للقضاء بشهادتهم، ويلاعن الزوج لأنه قذف، فإن نكل حد، ثم لاقصاص على الإمام للخلاف فيه، كشهادة العبد، وقال ابن ابي زمنين: إذا علم ذلك قبل الرجم فعرض اللعان على الزوج، فإن فعل قيل لها: التعني، فإن فعلت حُد الثلاثة. والا حُدت دونهم لأنه حق عليها ما شهدوا به.

فرع

قال: ويكفي نسبتها لوطء حرام في القبل والدبر، فإن قذفها بأجنبي، وذكره في اللعان، ليس على الإمام اعلامه، لأنه يبلغه ذلك غالبا، وروي: ذلك عليه، لقوله عليه السلام في مسلم:[3] **(واغد يا أنيس على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها)** وليس الستر الإعلام، فإن الحدود يؤمر بالستر فيها، فإن قام المقذوف بالحدود وحد له، قال سحنون: يسقط اللعان لتداخل حدود القذف، فإن لم يعين لم يحد، لعدم أذية غير المعين،

(1) في (الجواهر) سقطت من (ي).

(2) ما بين القوسين سقط من (د).

(3) رقم 1697 ـ 1698 والبخاري في المحاربين، باب الإعتراف بالزنا، عن ابي هريرة، وزيد بن خالد الجهني.

فلو قذف امرأتين بكلمة واحدة فقامت إحداهما: فقال: كَذبتُ عليك فجُلد، ثم قامت الأخرى فَلاَ حد لتداخل الحدود، فلو قال بعد الحد: (كذبت عليكما، أو للتي قامت أخيرًا: صدقت عليك حد، لأنه يصدق بعد الحد، ولو قال للتي حد لها:)[1] صدقت عليك حد عند ابن القاسم لها ثانيا خلافًا لابن المواز.

فرع

قال: إذا ادعت القذف فأنكر فأثبتته حُدَّ إلا أن يدعي رؤية فيلتعن، ويقبل منه بعد جحوده، بخلاف الأجنبي، لأنه مأمور بالستر، ولو أنشأ قذفًا آخر، فله اللعان، ولو أقامت[2] بينةً على إقراره بذلك لاعن منه وهو منكر لحق به وحُد، قال محمد: إلا أن يكون اللعان عن الرؤية مع نفي الحمل، فلا حد لبقاء لعان الرؤية.

فرع

قال: قال ابن محرز: إذا لاعن الكتابية بنفي الحمل، ثم استلحق الولد، ثم طلب الولد الحد لقطع نسبه لم يحد الأب، لأن المقصود بالقذف امه دونه، وهو كمن عرض بقذف ولده لا يحد لبعده من التهمة في ولده، فلا يؤاخذ الا بغير المحتمل كقتله.

---

(1) ما بين القوسين سقطت من (ي).

(2) (د) ولو قامت بينة على اقراره بولد لا عن منه، وهو الصواب.

فرع

قال: ولو امتنع من اللعان فعرض للحد فله الإلتعان حينئذٍ، وهل ذلك للمرأة ام لا؟ قال بالأول أبو بكر ابن عبد الرحمان، قياسًا على النكول في الزنا، وبالثاني قال ابو عمران، والفرق: تعلق حق الزوج بالنكول في اللعان بخلاف الزنا.

فرع

(قال: اذا قال: زنيت وانت صغيرة، او أمة، او نصرانية: حُدَّ عند ابن القاسم، فإن أقام بينةً ورآه تعريضا: قال أشهب: لا يحد في غير المشاتمة، ويحد في المشاتمة الا ان تقوم بينة)[1].

فرع

قال: اذا مات الولد فله اللعان، وإن لم يكن للوالِد ولد حَسيٌّ، ولو نفاه، فلما مات استلحقه قيل: إن كان للميت ولد وإلا فلا، لتهمة الميراث.

البحث الثالث: في المُلاعن.

وفي الجواهر: له شرطان: أهلية اليمين الا الكافر، وقاله (ش)، غير أن الذمية[2] تلاعن لدفع العار عنها، وينقطع النكاح بلعانها، فإن ابت فهما

---

(١) هذا الفرع كله سقط من (د) والمشاتمة في الأصل بالباء ولعله تصحيف.

(٢) (ي): اهل الذمة. وهو تحريف.

على الزوجية، وترد إلى أهل دينها بعد العقوبة لأجل خيانة[1] زوجها.

الشرط الثاني: الزوجية، وقاله (ش)، فكل نكاح يلحق فيه الولد ان فسخ لاندراجه في الآية، فيخرج الأجنبي ويندرج[2] المطلق الرجعي لأنه زوج، فإن قذفها ثم أبانها لاَعَنَ لدفع النسب أو لدفع الحد، لتقدم اللعان حين الزوجية. وإن قَذَف بعد البينونة لاَعَن للحمل فقط، ويُحَد لغيره لأنه ليس زوجا، وإن قَذَفَها في عدتها من الطلاق البائن بالرؤية لاَعَنَ، وان لم يكن بها حمل، لأنها من آثار الزوجية، وقال محمد: يُحَد لعدم الزوجية (وان قذفها في النكاح فزنى قبل النكاح لم يلاعن، ويحد لانتفاء ضرر الزوجية)[3] حين الفاحشة خلافا لـ (ح).

تفريع

في الكتاب: يلاعن الأعمى في الحمل يدعي الاستبراء، وفي القذف، لأنه قد يعلم الزنا باللمس، والآخر بالإشارة وبالكناية، وقاله (ش) خلافا لـ (ح) لحصول فهم المقصود، وإذا رأى الزوج الحمل ظاهرا فَسَكَت حتى وضعته، أو قامت بينة انه رآه يومًا أو يومين لم ينكره، أو أقرَّ به ثم نفاه، لم ينفعه النفي ويُحَد للمسلمة دون الأمة، والقائل: رأيتها تزني اليوم، ولم أجامعها بعد ذلك، ووطئتها قبل الرؤية ولم استبرىء، يلاعن، ولا يلحق به ما تأتي[4] به، الا أن تأتي لأقل من ستة أشهر من يوم الرؤية. ولمالك أيضًا: لا يلحق به، وقال ايضا: ينفيه وإن كانت حاملا لأن مثلها لا يؤمن، قال ابن القاسم: وأحبُّ اليَّ أن يلحقه الحمل الظاهر يوم الرؤية،

---

(1) (ي): جناية.

(2) (د) وينطلق.

(3) ما بين القوسين سقط من (د).

(4) (ي): فما تأتى به.

لأن الأصل عدم الزنا قبل ذلك، وقال المخزومي: إن أقر بالحمل وادعى رؤية لاَعَنَ، وإن أتى لأقل من ستة أشهر من يوم الرؤية لحق والا فلا، إلا ان يستلحقه بعد ذلك، وان قذفها فبانتْ[1] وتزوجت فقامت بالقذف تلاعنا لتقدم حال الزوجية، ويُحَد الممتنع منهما، ومن لم تُعلم خلوته بامرأته، وأنكر ولدها ومسيسَها وادَّعتها هي وهما ممكنان لا ينتفيان[2] إلا بلعان طلَّق أم لا، لأن الولَد للفراش مع الإمكان، واذا لاَعَن فليس لها الا نصف الصداق، ولا سكنى لها ولا متعة، قال ابن يونس: قال ابن القاسم: فإن اختلفا في تاريخ العقد حتى يكون الولد لأقل من ستة أشهر على رأي الزوج، فلا بد من اللعان لتساوي التداعي[3].

قال اللخمي: ويقول في اللعان: أشهد بالله إنه لمن الصادقين، وما تزوجتُها الا من خمسة أشهر، وتقول هي: أشهد بالله إنه لمن الكاذبين، وما تزوجني الا من سبعة أشهر، وانه منه.

فرع

قال صاحب الإكمال: اذا وجد مع امرأته رجلا فقتله: قال (ش): يقتل به إلا أن يأتي بأربعة شهداء، واكتفى احمد بشاهدين، وقال ابن القاسم: يهدر دمُه كان محصنًا أم لا، إلحاقاً له بالمحارب، وتستحب الدية في غير المحصن.

(1) (د) فأتت، وهو تصحيف.

(2) (د) لا ينفي.

(3) (ي): الدعاوى.

فرع

في الجلاب: إذا رَمَاها بالزنا فأقرت به، ثم أتت بحمل، فروي: ينتفي بغير لعان لاعترافها، وروي: لا ينتفي إلا باللّعان لحق الولد.

البحث الرابع: في الملاعنة، وفي الكتاب: اللعان بين كل زوجين كانا حرّيْن أو مملوكين أو أحدُهما، أو محدودين، أو كتابية تحتَ مسلم بخلاف الكافر، لعموم الآية، وعدم اندراج الكافر لبطلان عقدهما، ولعدم توجه الحد عليهما في القذف، وأما الأمة والكتابية: فلا يلاعن الزوج فيهما الا لنفي الحمل اذا ادعى الاستبراء ورؤية لم يتبين بعدها، ولا يلاعن لرؤية، لأنه لا يحد قاذفها، فإن أحب ذلك لتحققه عليهما لم يمنع، وقال (ح): إذا كان أحد الزوجين مملوكًا أو ذميًا أو محدودًا في قذف، أو كانت المرأة ممن لا يحد قاذفها فلا لعان بينهما، لأن اللعان شهادات لا تكون إلا لمن له اهلية الشهادات. وجوابه: أنه لو كان شهادات لما قبل من المدعي، ولما شرع فيه اللعان والغضب، بل الحق انه فيه شائبة الشهادة، قال ابن يونس: قال سحنون في حر تحته أمة فابتاعها ثم ظَهَر بها حمل:[1] ان وضعت لأقل من ستة أشهر من يوم الشراء[2]، أو قد أصابها بعد الشراء لاَعَنَها، لأنه[3] زوج، أو لستة أشهر فأكثر بعد الشراء والوطء لحق به لاحتماله من مسيس[4] الملك، وإن لم يمسها بعد الشراء، ووضعته لما يشبه أن يكون من وطئه لما كان زوجًا بخمس سنين فأدنى فاللعان بينهما، وفي الجواهر: إذا اشترى امة[5] وظهر بها حمل، فإن علمه يوم الشراء أو أتت

(1) أو وضعت.

(2) (ي) وقد اصابها.

(3) (ي): لإصابة زوج.

(4) (ي): من مسألتين، وهو تصحيف.

(5) (د) امرأته، وهو تحريف.

به لأقل من ستة أشهر، فالولد للنكاح ما لم يطأها بعد الشراء (وتأتي به لأكثر من ستة اشهر، وروى سحنون: اذا لم يطأها بعد الشراء)[1] بحيضتين فهو للواطيء بعد الشراء ولا ينفيه، استَبْرَأَهَا بعدَ الوطء أم لا، إلا أن يدعي استبراءها بعد الوطء، قال اللخمي: واذا كانت مسلمة والزوج نصرانيًا إما لأنها أسلمَت قبله، او تعدت[2] في تزويجه على القول بأنها لا تكون بتزويجه زانية لاَعَنَ بقذفها. فإن نكل حُدَّ. وان لاَعَنَ ونكلت لم تُحَد بأيمانه لأنها أقيمت مقام الشهادة، وفي الكتاب: يلاعن من لا يدري[3] لِصغَر أو كبَر إن كانت الصغيرة قد جُومعت، وان لم تحض، وتلتعن الكبيرة دون الصغيرة لعدم اهلية اليمين، وعدم توجه الحد عليها وتبقى زوجة.

قال صاحب النكت: اذا لاَعَنَ النصرانية فامتنعت فلها النفقة حتى تلد، وإن امتنع وطئها لكون الولد من غيره، لأنها زوجة، ويجوز الاستمتاع بها كما يُستمتع بالحائض على الخلاف في المستبرأة حاملا، وتلاعن النصرانية دون الصغيرة، وكلاهما لا يتعلق بنكوله حد، والفرق: أنها قد تتوجه عليها عند أهل دينها عقوبة.

فرع

قال ابن يونس: اذا توافق الكتابيون بحُكمنا في اللعان فنكلت الزوجة رُجمت على رأي عيسى ابن دينار، ولا تُرجم على رأي البغداديين لفساد أنكحتهم، ويجب الحد كالمتلاعنين قبل البناء.

---

(1) ما بين القوسين سقط من (د).

(2) (ي): او يقذف، وهو تصحيف.

(3) (د) من لا تلد. ولعله الصواب.

فرع

في الجلاب: اذا أتت المنكوحة في العدة بولد لأقل من ستة أشهر من النكاح الثاني، أو لستة اشهر وقبل حيضة، لحق بالأول لعدم الحيض الدال على البراءة، أو بعد ستة أشهر وحيضة لحق بالثاني، لوجود الأجل الصَّالح والدال على البراءة، إلا أن ينفيه باللعان (بيلحق بالأول الا ان ينفيه باللعان)[1] فينتفي فيهما جميعًا، وان استلحقه أحدهما لحق به، وقال محمد:[2] والمراد: دخول الثاني دون عقده، وان (كانت المرأة تصير فراشا بالعقد لقوة فراش الأول وضعف الثاني)[3] وان استلحقاه معا، كان للثاني، ولا تلاعن الا مع الثاني اذا نفاه إلى الفراش الأول، قال ابن يونس: قال أصبغ: من استلحقه منهما حُدَّ ولحق به وقال محمد: ان استلحقه الثاني دون الأول لحقه وحُدَّ، لأنه نفاه إلى غير أب، ومن استلحقه أولا لحق به، ولا دعوى للثاني فيه (ولَو ادعاه الأول بعد لعانه وقبل لعان الثاني، لم يقبل منه، لأنه للثاني حتى ينفيه)[4] ولو استلحقاه بعد لعانها اختص بالأول ويحرم على الثاني أبدًا، وان لم يلتعن[5] لأنه ناكح في العدة، ولا تحرم على الأول وإن التعن، لأنها لم تلاعنه[6] كالمغتصبة، وقال أصبغ: واذا تلاَعَنا جميعًا حرمت عليهما لبِطلان النسبة للثاني بلعانه، ولو عقد عليها حاملاً فأتى للستة أشهر فأكثر فهو للآخر إلا أن ينفيه بلعانه، ولا تلتعن هي، ولحق بالأول، إلا ان ينفيه وتلتعن فيلتعن، فإن نكلت حُدت.

---

(1) ما بين القوسين سقط من (د).

(2) (د) قال محرز.

(3) ما بين القوسين سقط من (د).

(4) ما بين القوسين سقط من ي.

(5) (د) وان لم يتعلق.

(6) (لم تلاعنه) سقطت من (ي).

تنبيه، مراد العلماء بعدم لحوق الولد لأقل من ستة أشهر: (إذا كان تامًا، أما لو وَضَعته ناقصا لأجل ذلك النقص لحق به لأقل من ستة أشهر)[1].

قاعدة: الولد يتحرك لِمثل ما يخلق فيه، ويوضع لمثل ما تحرك فيه، وهو يتخلق في العادة تارة لشهر، وتارة لشهر وخمسة أيام، وتارة لشهر ونصف، فيتحرك في الأول لشهرين، ويوضع لستة اشهر (وفي الثاني شهرين وثلث، ويوضع لسبعة أشهر)[2] والثالث لثلاثة اشهر، ويوضع لتسعة أشهر، (من عجز او تأخر عن الأولين، لآفة مؤخرة)[3] فلذلك لا يعيش ولد الثمانية أشهر، لكونه إما متقدمًا على التسعة لآفة من عجز[4] أو تأخر عن الأولين لآفة مؤخِّرَة، والموصوف[5] لا يعيش، فلا يعيش[6] فلهذه القوانين يعتبر النقص مع الآجال، فكل حمل قبل أجله يمتنع لحوقه، أو مع أجَله لحق.

فائدة: فعلى هذا التقدير يكون قوله[7] عليه السلام: (**يجمع خَلْقُ أحدكم في بطن أمه أربعين يومًا وأربعين صباحًا**) إشارة إلى الأطوار الثلاثة تقريبًا، فإن الأربعين تقرب من الثلاثين ومن الخمسة والثلاثين.

---

(1) ما بين القوسين سقط من (ي).

(2) ما بين القوسين سقط من (د).

(3) ما بين القوسين سقط من (د).

(4) (د) مزعجة، وهو تصحيف.

(5) (د) والمرمى.

(6) (فلا يعيش) سقطت من (د).

(7) البخاري في القدر، باب في القدر، وفي بدء الخلق، باب ذكر الملائكة. ومسلم في القدر. باب كيفية الخلق الآدمي في بطن امه، عن ابن مسعود.

فرع

في الكتاب: لا تلاعن الحائض والنفساء اذا قذفت حتى تطهر، حتى تقع العدة في طهر كالطلاق، وكذلك لا يطلق على المعسِر بالنفقة والعنين حتى تطهر بخلاف المُولي، ورَوى أشهب: التسوية، قال ابن يونس: قال أبو محمد: يلاعن الزوج وتؤخر هي.

فرع

في الجلاب: اذا أقر بوطء أمته لحق به ولدُها لقوله[1] عليه السلام: (الوَلَدُ لِلفِراشِ، وللعاهر الحَجَر) ولقول عمر رضي الله عنه: ما بال رجال يطأون ولائدهم ثم يَدَعُونهن يخرجن، لا تأتني وليدة يعترف سيدها بوطئها إلا لحق به ولدُها، قال اللخمي: ولا يختلف المذهب في قَبول قوله كانت من العلي أم لا قال: وأرى أن يختلف في العلي، وفي الجواهر: اذا أقر بوطئها لا ينتفي ولدها حتى يدعي الإستبراء بغير يمين، لأن الإستبراء في الإماء كاللعان في الحرائر، وقيل: لا بد من اليمين، لأنه عوض اللعان، ولو أنكر ولادتها لم يلحق به (إلا أن تشهد امرأتان ثقتان بولادته، لاحتمال التقاطه توسلا للعتق، ويقبل قول الحرة في الولادة)[2] لعدم التهمة، إذا وطىء البائع والمشتري في طهر واحد، وأشبه ان يكون الولد منهما لحق بمن الحقته به القافة لما في مسلم:[3] قالت عائشة رضي الله عنها: دخل علي

---

(1) الترمذي في الوصايا، باب ما جاء لا وصية لوارث، والنسائي في الوصايا، باب ابطال الوصية للوارث، من عمرو بن خارجة. وهو جزء من حديث.

(2) ما بين القوسين سقط من (ي).

(3) في الرضاع، باب العمل بالحاق القائف الولد، والبخاري في فضائل اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم، باب مناقب زيد بن حارثة، عن عائشة.

رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم مسرورًا فقال: يا عائشة ألم تري الى مجزز المدلجي دخل فرأى أسامة وزيدًا وعليهما قطيفة قد غطيا رؤسهما وبدت اقدامهما، فقال: إن هذه الأقدام بعضها من بعض) قال أبو داود: وكان أسامة شديد السواد، وأبوه شديد البياض، وطعنت الجاهلية عليه بذلك، فسُر عليه السلام بترك الطعن عند ذلك، وهو عليه السلام لا يسر إلا بسبب حق، وبالقافة قال (ش) خلافا لـ (ح)، ونفاه مالك في المشهور من الحرائر دون الإماء، قال الأبهري: وروي عنه: التسوية، ويكفي واحد عند ابن القاسم، لأنه من باب الخبر، وقيل: لا بد من اثنين لأنه من باب الشهادة، والفرق بين الحرائر والإماء: أن فراش الأول صحيح بالعَقد، والثاني فاسد، فاعتبر العقد الأول دون العقد الثاني، وألحق به تارة ولا مرجح[1] في وطء السيدين.

نظائر: قال العبدي:[2] المتردد بين الشهادة والخبر سبع: القائف، والترجمان، وقيل: يكفي الواحد، وقيل: لا بد من اثنين، وأما الكاشف عن البينات، وقائس الخراج، والناظر في العيوب، كالطبيب والبيطار فواحد، قال ابن حبيب: ولو كان البيطار فاسقًا، وكذلك المستنكه للسكران إذا أمره الحاكم، واختلف في الحكَمين: فقيل: اثنان، وقيل: واحد، ولا بد في تقويم السلع والعيوب من اثنين.

تمهيد: الحكم بتردد بين الخَبَر والشهادة. فرعُ تَصَوُّرهما، ولا يمكن تميزهما باشتراط العدد في الشهادة، وقبول العبد والمرأة في الخبر، لأن ذلك فرع تميزهما فيلزم الدور، فهذا مقام عزيز يحتاج الفقيه المحصل إلى كشفه، وهو عزيز في صدور الأئمة النبلاء، ومعدوم عند أكثر الفقهاء.

---

(1) هنا وقعت طفرة في الأصل من الناسخ من لوحة 22 إلى لوحة 32 فعاد الكلام منسجما متصلا ووجب التنبيه.

(2) (د): العبادي.

واعلم أن الشهادة ايضا خبر، والرواية ايضا خبر، والفرق بينهما من جهة المخبر والمخبَر عنه، قال المازري في شرح البرهان؛ فمتى كان المخبر عنه حكمًا عاما في الأزمان والأشخاص بهذه[1] الرواية، فيتعين قبول الواحد العدل، لعدم اتهامه بقصد اذية الخلق لترتيب[2] الحكم عليهم إلى أن تقوم الساعة، ومتى كان خاصًا فيهما فهو الشهادة، كالإخبار عن ثبوت درهم عند زيد، فيشترط فيه العدد للتهمة، ويرد الصداق[3] والمرأة لتضرر المعين بالنقيصة مع الاختصاص، فمتى اجتمع العموم والخصوص اختلف العلماء لتردد الحكم بينهما، كالخبر عن رؤية هلال رمضان عام في أهل البلاد، خاص في الأزمان، فجرى الخلاف فيه لذلك، والقائف والترجمان ان لاحظنا فيهما نصيبيهما[4] للخلق على العموم من غير اختصاص بمعين، ولا هما تابعان لادعاء خصم، بل الحاكم هو المصرف لهما، كانا من باب المخبرين دون الشهود، وان لاحظنا استئناف أخبارهما عند كل واقعة معينة كانا من باب الشهود، فقد اجتمع فيهما العموم من وجه والخصوص من وجه، وكذلك من ذكر معهما، وكذلك اختلف العلماء في التزكية هل يكفي فيه واحد ام لا؟ إن لاحظنا ان المزكي يحصل مصلحة واحدة لشخص خاص كان شاهدًا، أو انه يوجب قبول المزكى على الخلق كافة مع الأزمان كان مُخبرًا، ومنهم من جعله من باب الشهادة ان زكى[5] شاهدا ملاحظة لخصوص الشهادة. ومن باب الخبر ان يزكي راويا نظرًا للعموم، ومن العلماء من قال: التردد واقع بين الحكم والشهادة، لا بين الشهادة والخبر، والحكم هو الخبر الملزم، والشهادة الخبر عن أمر خاص، والرواية خبر عن

---

(1) (ي): وهذا الرواية.

(2) (د) لترتب.

(3) (د) العبد.

(4) (د) الى الخلق.

(5) (ي): ان يرضى.

أمر عام كما تقدم، وهو يظهر في بعض هذه الفروع اكثر[1] من قولنا، فإنك[2] اذا اعتبرت القائف والترجمان والمقوم والطبيب والبيطار وجدت أقوالهم ملزمة فتندرج في حقيقة الحكم والحاكم واحد اجماعا، فيظهر التخريج[3] عليه أكثر من الرواية لوجود الإلزام، واذا اعتبرت المزكي والإخبار عن رؤية الهلال ونحوهما[4] تجده عريًا عن الإلزام فيتعذر تخريجه على التردد بين الحكم والشهادة، ويتعين مقال الأصحاب.

البحث الخامس: في صفات اللعان، والنظر في: لفظه، وتغليظه، وسنته[5].

فلفظه، في الجواهر: يتعين لفظ الشهادة، ولا يبدل بالحلف، ولا لفظ الغضب باللعن اتباعا للآية، ويجب تأخير اللعن، وتقوم مقام اللفظ الإشارة والكتابة من الأخرس، ولو قال بعد انطلاق لسانه: لم أُرد ذلك، لم يقبل منه، ولو اعتقد[6] لسان الناطق وهو مرجو البرء انتظر.

التغليظ بالزمان، في الجواهر: يلتعنان دُبُر الصلوات، وقال في كتاب محمد: اي ساعة يرى الإمام، واثر المكتوبة أحب إليّ، وروي عن ابن وهب: كان اللعان عندنا بعد العصر، ولم يكن سنة، بل اي ساعة شاء الإمام، وبعد العصر أحب إلي، وقال عبد الملك: لا يكون مقطع حق إلا بإثر صلاة، فجعله شرطًا كالمكان.

وأما المكان: ففي الكتاب: يلتعن المسلم في المسجد عند الإمام دبر الصلاة، والنصرانية في كنيستها حيث تعظم وتحلف بالله، والزوج مخير في

(1) (د) كثير.

(2) (د) بانا.

(3) (ي): التجريح.

(4) (ي): وغيرهما.

(5) (وسنته) مكانها بياض (ي).

(6) (اعتقد) سقطت من الاصل، ولعلها: اعتقل باللام.

الحضور معها، ولا تدخل هي معه في المسجد لجنابتها، وفي الجواهر: يبعث الإمام للمريض عدولا، ولا يصح اللعان الا في مجلس الحاكم، والتغليظ بالمكان واجبٌ، وبالزمان مستحب، وظاهر قول مالك: الوجوب.

وأما الجمع: ففي الجواهر: يحضر أربعة فأكثر، لقوله تعالى في الزنا ﴿وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ﴾ (النور: 2). فيحضرون هاهنا بجامع التغليظ، ولأن قطع الأنساب وفساد الأعراض أمر عظيم، فيغلظ في سببه.

واما سنتهُ:[1] فتخويفها. في الجواهر: يقال للرجل[2]: تُب إلى الله عز وجل تحد ويسقط عنك المأثم، وللمرأة: نحو ذلك، ولكل واحد منهما قبل الخامسة: اتق الله، فعذابُ الدنيا أهون من عذاب الآخرة، وإن هذه هي الموجبة للعذاب، لقوله عليه السلام في مسلم[3] عند الخامسة: (أقيموها. فقال للمرأة: إنها المُوجبة).

وفي الاستذكار: ليس للزوج ايقاع اللعان بنفسه دون السلطان اجماعا.

تفريع، في الكتاب: يُبدأ[4] بالزوج لأن لعانه سبب عن قذفه فيدرأ عن نفسه الحد، وسبب للعانها، لأنه الموجب للحد عليها، لكونه مثل البينة، ولقوله تعالى بعد ذكر لعانه: ﴿وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ﴾ (النور: 8) (فدل على توجه العذاب عليها)[5] وهو الحد، فتشهد أربع شهادات، فيقول في الرؤية: أشهد بالله لرأيتُها تزني، وفي نفي الحمل: أشهد بالله

---

(1) (د) واما السنة.

(2) (ي): للزوج.

(3) البخاري في الطلاق، باب يبدأ الرجل بالتلاعن، وفي الشهادات، وابو داود، في الطلاق باب في اللعان، من ابن عباس، ولم يروه مسلم.

(4) (ي): ابتدا.

(5) ما بين القوسين سقط من (د).

لَزَنَت، لأن القاعدة: مطابقة البينة واليمين للدعوى، وفي الخامسة: أن لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين، وتقول المرأة في الرؤية: أشهد بالله ما رآني أزني، لأنها مكذبة له، فتُعَيَن دعواه في لفظها، وفي الحمل: أشهد بالله ما زنيتُ، أربع مرات، وفي الخامسة: ان غضب الله عليها إن كان من الصادقين، قال ابن يونس: زاد اصبغ في حلف الرؤية: تزني كالمرود في المكحلة، وفي حلف المرأة[1] في نفي الحمل، وانه لمنه، وروي عن ابن القاسم في نفي الحمل: أشهد بالله اني لمن الصادقين، ما هذا الحمل مني ولزنت، لنفي احتمال الغَصْب، قال اصبغ: وإن بَدَّل مَكان: إن كنت من الكاذبين: ان كنت كذبتها، اجزأ والمرأة في الخامسة: مكان: إن كان من الصادقين: إنه من الكاذبين، اجزأها لاتحاد المعنى، لكن لفظ القرآن اولى، وقال (ح): يخاطبها فيقول: فيما رميتك به وتقول هي: فيما رميتني به.

فرع

قال ابن القاسم: إذا بدئت المرأة لا يُعاد اللعان، لأن دلالة الأيمان على الصدق لا[2] تختلف، وقال أشهب: يعاد حتى يكون بعد سببه الذي هو لعان الزوج، وتقدُّمُ الحكم على سببه يُبطله.

فرع

في الكتاب: يوجب النكول حد القذف عليه، والرجم عليها إن كانت ثيبًا، ولا تؤخر إلا في الحمل لحق الولد، وقاله (ش)، وقال (ح): يحبس الناكل منهما أبدًا حتى يحلف، لأن ضعف اللعان سبب[3] يدرأ الحد، لنا:

---

(1) (د) الرجل نفي الحمل.

(2) ي: ولا تخلف، وهو تصحيف.

(3) (د) سمة.

أن قذف الزوجة لا يوجب غير اللعان، وجوابه: أن اصل القذف الحد حتى يخلص منه باليمين.

فرع

اذا ماتت قبل كمال لعانها، ففي الكتاب: ورثها، وان مات بعد التعانه فإن امتنعت من اللعان: ورثته ورجمت، والا فلا، قال ابن يونس: قال مالك: إذا وجب اللعان فماتت قبل لعانه لا لعان عليه، واذا مات قبل تمام لعانه فلا لعان عليها لعدم السبب، واذا التعنت بعد موته فلا عدة عليها لوفاته[1] وقال اشهب: ترثه، وان التعنت لتأخير البينونة بعد الموت، قال ابن القاسم: فإن التعنت قبله ثم ماتت فعرض اللعان عليه فإن فعل فلا ميراث ولا حد عليه، والاً ورثها وحُد، وان كانت التعنت لم أُعِد لعانها لحصول المقصود، وقال اشهب: أعيده لتقدم يمين الطالب في الحقوق.

البحث السادس: في ثمرته، في الكتاب: تقع الفرقة، وان لم يفرق بينهما الحاكم لتمام لعانها[2] وتحرم عليه للأبد، وان أكذب[3] نفسه لم يحد ولحق به الولد إلا ان ينفي[4] من لعان الزوجة ولو مرة، فتحد وتبقى له زوجة، وقال (ح): لا يقع الفراق الا بقضاء الحاكم، وإذا أكذب[5] نفسه حلت له، وله تزوجُها بعد اللعان، وقال (ش): يقع الفراق بلعان الزوج قياسًا على سقوط الحد والنسب عنه، وتحرم عليه أبدًا، لنا: ما في ابي داود:[6] (مضت السنة في المتلاعنين أن يفرق بينهما ثم لا يجتمعان

(1) (د) لفواته.

(2) (د): فتمام لعانها.

(3) (د): وان كذب نفسه بنفسه حُد.

(4) (د) الا ان يبقى.

(5) (د): وان كذب نفسه ولحق به الولدان متعا من الزوجة ولو مرة.

(6) في الطلاق باب في اللعان والنسائي في الطلاق، وهو رواية من قصة عويمر العجلاني وأصلها في الصحيحين والموطأ عن سهل بن سعد.

أبدًا) ، وترتيب الحكم على الوصف يدل على سببيته له، والمسبَّب متأخر عن السبب ومرتب عليه، وينتفي عند انتفائه، ولو لاَعَن من نفي الحمل لم تَحل له لاحتمال السقط والكتمان.

وفي الجواهر: يتعلق بلعانه ثلاثة أحكام: سقوط الحد، وانتفاء النسب، وتوجه الحد عليها، وبلعانها ثلاثة: سقوط حدها، والفراق، وتأبيد التحريم، وقيل في هذين: يتعلقان بلعانه، قال ابن يونس: وفُرقتُها فسخٌ: وقالَهُ (ش)، وقال (ح): طلقة بائنة، لنا: أنهما مجبوران على الفسخ فيكون بغير طلاق كالرضاع، وقبل البناء لا صداق لها، لأنه فسخ، قاله ابن الجلاب، وقال مالك في الكتاب: نصف الصداق، لما للزوج فيه من السبب بالقذف، ولها من الضرورة في دَرء الحَد.

فرع

في الجواهر: روي عن مالك: إذا تزوج أمة ثم لاعنها، ثم اشتراها، لا تحل له ابدًا كما إذا طلقها ثلاثا، ثم اشتراها لا تَحِل له أبدًا إلا بعد زوج، لأن حل الوطء اصله العقد لا الملك.

فرع

قال: إذا لاعَن لانتفاء الحمل فأتت بتوأمين انتفيا، وله نفي أولاد عدة بلعان واحد، وتثبت للتوأمين اخوة للأم مع إخوة الأب، لأن التوأمين لا يكونان الا من ماء واحد، وقاله (ش)، وفي الكتاب: إذا ولدت الثاني مع الأول أو بعده لأقل من ستة أشهر، فهو حمل واحد، إن أقر بأحدهما لحقا به، وحُدا، وإلاَّ فهُمَا حَملان، وإن أقر بالأول ونفى الثاني، وقال: لم أطأ بعد ولادة الأول: لاعَن وانتفى الثاني، وان اعترف به وقال: لم أطأها

بعد الولادة لزمه، لأن الولد للفراش، وان قال النساء: الحمل هكذا لم يحد والاحُد ولحق به، بخلاف التي تأتي بولد لستة أشهر قبل البناء من يوم العقد، فيقر به وينفي الوطء يُحَد ويلحق به، كأنه قال: ولَدَت من غيري، ثم أكذب نفسه باستلحاقه، وإن قدم من سفره فولدت ولداً فالتعن منه، ثم ولدت بعد ستة أشهر، فاللعان الأول ينفي كل وَلَد بعده، فإن ادعى الثاني حد ولحقا به، قال ابن يونس: قال ابن القاسم: إذا طلق قبل البناء متفقيْن على عدم المسيس، ثم يظهر حمل فتقول: هو منه، لحقه، لأن اتفاقهما لا يسقط حق الولد، ولا يكمل لها صداقها لإقرارها، وقال محمد: يكمل للحوق الولد، وإن مات قبل انقضاء العدة ورثته اذا كان الطلاق واحدة ولا حد عليها، ولو استلحقه لحق ولم يحد، وكمل الصداق وله الرجعة، وان تمادى على إنكاره لاَعَنَ وزال عنه ولا رجعة له، ولا يكمل الصداق، ويحد إن لم يلاعن، وان نكل لحقه، وفي الكتاب: اذا تصادقا على نفي الولد بغير لعان انتفى وحدت، وقال أكثر الرواة: لا ينتفي الا بلعان لحق الولد، قال ابن يونس: معناه: يلتعن الزوج دونها لإقرارها بالزنا، قال ابن القاسم: وهذا اذا ثبتت على قولها، وان رجعت قبل اللعان عاد اللعان بينهما، وان نَكَلَ لحق به ولا يحد، لأنها مقرة، وفي الكتاب: اذا لاعن لنفي[1] الولد، ثم زنت ثم أقر به لحقه ولا يحد لها، لأنها صارت زانية.

فرع

قال: اذا جنى[2] على الجنين بعد نفيه باللعان، او قتله بالغيرة للأم ولمن يرث الجنين من عصبتها وترثه اذا مات أمُّه وعصبتها. قال ابن يونس: إذا

(1) (د) لينفي.

(2) (جنى) مكانها بياض في (ي).

أقر به بعد الولادة ان كان مُوسِرًا في مدة الحمل أو بعضها رجعت عليه بالنفقة مدة يساره، وإلا فلا.

فرع

في الكتاب: إذا لاَعَنَ بالرؤية ولم يدع استبراء، فوضعت لأقلّ من ستة أشهر من الرؤية لحقه، لأنه لم يتعرض لنفيه، ولا ينفعه نفيه بعد ذلك، ولا يحد لتقدم لعانه، ولو قال: كنت استبرأتها ونفاه، كان اللعان الأول.

فرع

في الكتاب: للملاعنة السكنى دون المتعة، لأنها آثرت الفراق فلا تجبر بالمتعة، ولا تنكح حتى تنقضي عدتها.

المانع الخامس: وطءُ مَن لا يجوز الجمع بينها وبين غير الموطوءة لقوله تعالى: ﴿وأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الأُخْتَيْنِ إلاَّ ما قَدْ سَلَفَ﴾ (النساء: 23) يعني في الجاهلية، فإنه معفوٌّ عنه. وفي الموطأ[1]، قال عليه السلام: (لا يُجمع بين المرأة وعمتها، ولا بين المرأة وخالتها). وضابطه: كل امرأتين بينهما من النسب أو الرضاع ما يمنع تناكحها[2] لو قدر أحدهما رجلا لا يجوز الجمع بينهما في الوطء بعَقد ولا مِلك. وقاله الأئمة، وقد خَرّج بقَيدي النسب والرضاع: المرأة وابنة زوجها وامه.

(1) كتاب النكاح، باب ما لا يجمع بينه من النساء. عن ابي هريرة، وهو في الصحيحين في كتاب النكاح.

(2) (د) مناكحتها.

تفريع

في الكتاب: إذا تزوج امرأتين[1] من لا يجوز اجتماعُهما فسخ الثاني بغير طلاق، ولها المسمَّى إن دَخَلَ، والمثل إن لم يسمّ، أو في عقد واحد فسخ وتزوج أيتها[2] شاء بعد الإستبراء، ولا يتخير[3] بينهما لفساد العقد، قال ابن يونس: قال أشهب في الأول: إن بنَى بها ولم تعلم (الأولى وادعيا ذلك حلفتا واخذتا صداقيها. واقتسمتا بينهما الميراث واعتدتا عدة الوفاة مع الإحداد في الموت. قال محمد: ومع ثلاث حيض، قال ابن يونس: فان كانت في العدة أجزأها، قال ابن حبيب: فإن لم)[4] يبن فالميراث بينهما، ولكل واحدة نصف صداقها، وإن بنى بواحدة معلومة فلها الصداق ونصف الميراث، وللأخرى نصف الصداق (ونصف الميراث، وفي العقد الواحد الميراث والصداق)[5] للمبني بها دون الأخرى، قال اشهب: إذا نسيت البينة تاريخ العقدين فالزوج مصدق في تعيين الأولى، ويفارق الأخرى بغير طلاق ولا صداق، وإن لم يذكر الزوج فارقهما.

وفي الكتاب: اذا وطئَها بملك اليمين ثم تزوج اختها توقف حتى يختار أيتهما شاء. وقال عبد الملك: لا ينعقد النكاح لتقدم مانعه، وقال اشهب: عقد النكاح تحريم للأمة، لأن العقد انعقد بالوطء من الملك، فيندفع الملك للتضاد، ولو باعها بعد وطئها ثم تزوج أختها فلم يطأها حتى اشترى المبيعة لم يطأ إلا الزوجة لِوُرودِ الملك بعد المانع، وإذا وطيء أحدى الأختين بالملك لا يطأ الأخرى حتى تحرم الأولى ببيع أو غيره، ولو باعها ثم وطيء

---

(1) (ي): امرأة من لا يجور... وهو محرف.

(2) (ي): ابنتها، وهو تصحيف.

(3) الاصل: ولا تجبر، وهو تصحيف.

(4) ما بين القوسين سقط من (د).

(5) ما بين القوسين سقط من (د).

الثانية ثم اشترى المبيعة تمادى على الأولى ولو لم يطأ الثانية حتى اشترى المبيعة تخير فيها، ولو جمعها في الوطء قبل تحريم إحديها خير بينها، فإن اختار الموطوءة الثانية استبرأها من الماء الفاسد، وتحريمُ إحديها بالظهار[1] لا يكفي، اذ له الكفارة، وكذلك بيعها من غيره، او ابنه الصغير، أو يتيم في حجره، لتمكنه من النزع[2] بالاعتصار أو غيره، أو زواج فاسد، أو بيع فاسد، الا أن يفوت، بخلاف بيعها بعيب فإنه ماض حتى يرد، أو إباقها، أو أسرها من الاياسر[3] وزاد ابن ابي زيد[4] في المختصر: اذا دلّس بعيب في البيع لا يفسده[5] التحريم، قال ابن يونس: ان اخذها سنة لا يحل اختها، أو سنين كثيرة، أو حياة المخدم حلت، وفي الكتاب: ان تزوجها ثم اشترى اختها فوطئها كف عن الزوجة حتى يحرم الأمة، ولا يفسد النكاح، ولأنه اقعد بحل الوطء وقد تقدم، وان زوج ام ولده ثم اشترى اختها فوطئها، ثم رجعت إليه، أقام على وطء الأمة لسبقه، ولو ولدت الأمة فزوجها ثم رجعت إليه، تخير بينها لتساوي أمرها، إلا ان يطأ اولاها[6] رجوعا، ومن أبان امرأته حلت اختها في عدتها والخامسة، وقاله (ش) لانقطاع الموارثة والعصمة، وانما العدة حفظا[7] للأنساب، وقال (ح) وابن حنبل: يحرمان، لأن العدة من آثار النكاح، ولقوله[8] عليه السلام: (من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجمع ماءه في

(1) في (د): وتحريم احديها خير بينها، فان اختار والظهار... وفيه تحريف.

(2) (د) الزرع وهو تحريف.

(3) (د) مع الياس.

(4) (ي): ابن ابي ليل، وهو تحريف.

(5) (د) لا يفيده.

(6) (ي): احديها، وهو خطأ.

(7) (د) حفظ الانساب

(8) هذا حديث لا أصل له كما قال ابن حجر في (تلخيص الحبير 166/3). والزيلعي في (نصب الراية 168/3) وأشار الى ذلك بقوله: غريب، وهو في اصطلاحه: ما لم يقف له على سند، كما قال قاسم بن قطلوبغا في (منية الألمعي).

رحم أختين)، والجواب عن الأول: أن لحوق الولد بعد أربع سنين من آثار النكاح، ولا قائل بالحرمةِ، وانما المعتبر: الاختصاص بالزوج (حتى تحصل القطيعة بين الأقارب بالجمع، وعن الثاني: انه مطلق في الأزمان فيحمله على زمان الاختصاص)[1] قبل البينونة، وتحرم في عدة الرجعة اتفاقا.

فرع

قال: فإن ادّعى اعترافها بانقضاء العدة في مدة مثلها فأكذبته[2] منع من الأخت والخامسة، لأن المعول في العدة على قولها، فإن عقد فسخ إلا أن يأتي ببينة، أو بما يعرف به انقضاء العدة، وفي الجواهر: تحرم الأخت بالعتق، والكتابة، والتزويج، دون الحيض، والعدة، والردة، والإحرام، وبيع فيه استبراء أو بعهدة، أو خيار حتى ينقضي ذلك.

تمهيد: الأختان بملك اليمين حرمها قوله تعالى: ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الأُخْتَيْنِ﴾ وأحلها قوله تعالى: ﴿أَوْمَا مَلَكَتْ ايْمَانُكُم﴾ وليست احداهما أخص من الأخرى حتى تقدم عليها، لأن الأولى تتناول المملوكتين والحرتين فهي أعم من الثانية، والثانية تتناول الأختين وغيرهما فهي اعم من الأولى، فيكون كل منهما أعم وأخص من وجه، فيستويان، ولذلك قال عثمان رضي الله عنه: أحلتها آية، وحرمتها آية، والترجيح للجماعة من ثلاثة اوجه: احدها: أن الأولى سيقت للتحريم، والثانية سِيقت للمدح لحِفظ الفروج، والقاعدة: أن الكلام اذا سِيقَ لمعنى لا يُستدل به في غيره، فلا تعارض الأولى، وثانيها: أن الأولى لم يُجمع على تخصيصها، والثانية أجمع على تخصيصها بما لا يقبل الوطء من المملوكات، وبما يقبل،

---

(1) ما بين القوسين سقط من (ي).

(2) (فأكذبته) سقطت من (ي).

لكنه محرم، وغير المخصوص ارجح، ثالثها: أن الأصل في الفروج التحريم، حتى يتيقن الحل فتترجح الأولى.

فرع

قال صاحب المنتقى: وكما يحرم الجمع في الوطء فكذلك النظر بلذة للمِعصَم والصدر قياسًا على ما سَوَّى الشرع فيه بين الوطء والنظر للذة.

فرع

قال صاحب النكت: قال بعض شيوخنا: اذا تزوج أختًا على أخت عالمًا بالتحريم ووطىء، حُدَّ إلا أن تكونا اختين من الرضاع، لأنه بالسنة، وهو أصل كل محرم بالسنة.

فرع

قال: واذا قالت في عدة الرجعة: انحبس الدم عني حرمت الأخت والخامسة[1]، وصدقت إلى سنة، لظهور الحمل بعد ذلك فينظر إليه النساء.

المانع السادس: حصول أربع في العصمة، ففي الجواهر: تمتنع الزيادة على الأربع للحر والعبد، لقوله تعالى: ﴿فَانْكِحُوا مَا طابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاء مَثْنَى وَثُلاَثَ وَرُبَاعِ﴾ (النساء: 3) ومعنى: مثنى عند العرب: اثنين[2] اثنين غير منحصر، ومعنى ثُلاث: ثلاث[3] غير منحصر. وكذلك رُباع إلى عُشار، جعلت هذه الصيغة عوض التكرار، فيكون معنى الآية:

---

(1) (ي): ولا بخامسة

(2) (ي): اثنين اثنين اثنين اثنين، وفيه زيادة.

(3) (ي) ومعنى ثلاث: ثلاث ثلاث، وهو الصواب.

إما اثنين أو ثلاث أو أربع، فظهر غلط من أباح التسع بناء على ضم الاثنين إلى ما بعدها.

تمهيد: أباح الله تعالى الزواج في التوارة غير منحصر[1] حفظًا لمصالح الرجال دون النساء، وحرم في الانجيل الزيادة على الواحدة حفظًا لمصالح النساء دون الرجال، وجمع في هذه الشريعة المعظمة بين مصالح الفريقين، وأما مضارة المرأة بثلاث، فلأن الثالثة من مستثنيات القواعد، تباح من الإحداد ثلاث، ومن الهجرة ثلاث، ومن الخيار ثلاث، ومن العهدة ثلاث، وهو كثير، قال وروى ابن وهب: تحرم الثالثة على العبد، وقاله (ش) قياسًا على طلاقه وحدوده، وجوابه: أن التشطير خاص بالعذاب للآية[2]، وهمًا عذاب، وهذا تعميم فافترقا، وتحل الخامسة بطلاق إحدى الأربع طَلاقًا بائنًا، خلافا لـ (ح) وابن جنبل، وتقدم تقريره في تحريم الجمْع دون الرجعي لبقاء العصمة، وان عقد على خمس بطل العقد.

فرع

قال صاحب النكت: اذا كانت احدى الأربع بدار الحرب فطلقها لا تحل له الخامسة الا بعد خمس سنين من يوم خرج، لاحتمال أن تكون حاملا، وتأخر حملُها خمس سنين فإن طلقها بعد خروجه بسنة، انتظر اربعًا أو بعدها بأكثر من ذلك فثلاث لاحتمال أن تكون عدتها بالحيض ويفرق[3] الحيض في ثلاث سنين، فلا بد من كمال سنة لا حيض فيها، أو تكمل ثلاث حيض.

---

(1) (ي): غير محصور.

(2) (ي): ثلاثة، وهم، وهو مصحف.

(3) (د): والتفريق.

المانع السابع: استيفاء عدد[1] الطلاق ثلاثا للحر، واثنتان للعبد لتعذر تشطير طلقة لقوله تعالى: ﴿الطلاق مرتان فإمْسَاك بمَعْرُوفٍ أوْ تَسْريحٌ بإحْسانٍ﴾ (البقرة: 229) أي الطلاق الرجعي لقوله تعالى: ﴿فَإنْ طَلَّقَهَا فَلاَ تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ (البقرة: 230) وهذه ثالثة، لذكرها[2] بعد اثنتين.

والطلاق عندنا معتبر بالرجال، لأن تعلق الفعل بفاعله آكد من تعلقه بغيره، فطلاق العبد: اثنتان، ولو كانت امرأته حُرة، والحر: ثلاث وان كانت امرأته امة، وقال (ح): معتبر بالنساء، فللحرة ثلاث تطليقات كيف كان زوجها (والامة اثنتان كيف كان زوجها)[3] لما يروي[4] عنه عليه السلام: (طَلَاق الأمة طلقتان، وعدتها حيضتان).

تنبيه: لما كان مطلوب[5] الزواج الإعفاف[6] وتكثير النسل، عاقب الله تعالى المطلق ثلاثًا باحتياجه إلى وطء غيره لامرأته لصعوبة ذلك على المرأة.

فائدة: يقال: كل نكاح في كتاب الله تعالى، فالمراد به: العقد إلا هذه الآية، المراد منها الوطء مع العقد.

قواعد: (حتى) للغاية، فيثبت بعدها نقيض ما قبلها، والمرأة لا تحل بوطء الثاني، بل حتى تطلق وتعتد ويعقد الأول، فهل ترك مقتضي الآية[7] او هو باق؟ فنقول: التحريم يتضاعف بسبب اجتماع الأسباب كالزنا

---

(1) (ي): عدة، وهو تحريف.

(2) (ي): لتكررها.

(3) ما بين القوسين سقط من (د).

(4) الترمذي في الطلاق، باب ما جاء ان طلاق الأمة تطليقتان، ونحوه عند أبي داود وابن ماجه في الطلاق، عن عائشة، وهو ضعيف. وصح موقوفاً بمعناه على عبدالله بن عمر في (الموطأ) في الطلاق بسند صحيح.

(5) (مطلوب) ساقط من الاصل.

(6) (ي): الإعقاب، وهو تصحيف.

(7) د: الغاية.

بمحرم[1] وبالأم أشد، وبها في الصوم أشد، ومع الإحرام اشد، وفي الكعبة كذلك، هذه محرمة لكونها أجنبية، ومطلقة ثلاثا، والمعنى انما هو تحريم الثلاث، وهو يرتفع بوطء الثاني، ويبقى تحريم الأجنبية وكونها زوجة للغَير، فإذا طلقها ارتفع كونها زوجة للغير وبقي كونها اجنبية، فإذا عقد حلت مطلقا.

تفريع: في الكتاب: اذا لم يحتلم وهو يقوى على الوطء لا يُحل وطؤه المرأة ولا يحصن، ولا مهر ولا عدة، وتحرم على آبائه وعلى ابنائه، لأن الخروج من الحرمة إلى الحل يتوقف على أعلا المراتب، وكذلك العبد بإذن سيده، والخصي القائم الذكَر، والمجنون[2] والمجبوب اذا لم يعلم بهم، لأن لها الخيار، وان علمت: أحلوها وحصَّنوها لسقوط خيارها، ولا يحل المجبوب[3] ولا يحصن لعدم الوطء، قال ابن يونس: قال اشهب: إذا وطئها المجنون في جنّه بعد علمها، لا يُحلها ولا يحصّنها لنقصانه عن الكمال، والصحيح: يُحل المجنون ويحصّنها، لأن الوطء للرجل، وإنما المرأة ممكِّنة، قال ابن يونس: قال بعض شيوخنا: وسواء كان مقطوع الحشفة ام لا، وهو ظاهر الكتاب، وقال اشهب: اذا اختار السيد أحل وطء العبد، وقال ابن حبيب: اذا أدخلت حشفة الشيخ بيدها وانتعش بعد الإدخال أحلها والا فلا، وإن أنزَلَ خارج الفرج فدخل الماء إليه فأنزلت لا يُحلها لعدم النكاح، وفي الجواهر: قيل: لا يُشترط الإنتشار، ويكفي من مقطوع الحشفة مقدارها، ويشترط علم الزوجة بالوطء دون علم الزوج عند ابن القاسم، لقوله تعالى: ﴿حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غيره﴾ ولم يقل: حتى ينكحها زوج غيره، ولأنه أوقع في أدب المطلق، وعَكَسَ اشهب، لأن الإحلال مِن فعل الزوج، فوطء المجنون يحل عند ابن القاسم دون أشهب، فلو كانت

---

(1) في النسختين: محرم.

(2) (والمجنون) ساقط من (ي).

(3) (ي): المجنون.

هي المجنونة حلت عند أشهب دون ابن القاسم، وقال عبد الملك:[1] تحل في الحالين نظرًا لحصول الوطء.

فرع

في الكتاب: اذا ادعت الوطء وأنكره لا يُحد. وقال ابن القاسم: لا أمنع المطلق منها خشية ان يكون انكاره إضرارا، قال اللخمي: إن لم يعلم التحليل الا من قولها[2] لا يقبل في الأمد القريب، ويقبل في الأمد البعيد إن كانت مأمونة، قال محمد: لا يقبل في غير المأمونة، وقال ابن عبد الحكم: يقبل اذا طال بحيث يمكن موت شهودها وهي كالغريبة، واما الطارئة فتدين[3] لتعذر ذلك عليها إلا ان يقرب الموضع، وللملك قول ثالث: ان قالت ذلك بقرب طلاقها لم تحل، أو بعد الطول عند إرادة الرجوع لم تصدق، وفي الجواهر: قال ابو الطاهر: كل موضع تصدق فيه على الزوج في دعوى الوطء صُدّقت في الإحلال، ومالا فلا، وقال صاحب المنتقى: قال ابن وهب: ان ذكر ذلك عند الفراق لم يحلها ذلك، وفي الكتاب: لو مات قبل الدخول وتوهم الدخول، لم تحل حتى يعلم الدخول، لأنه السبب، وردتُه لا تبطل الإحلال المتقدم عليها، ولا الحاجة إلى الإحلال، بخلاف الإحصان، والظهار، واليمين بالله تعالى، والعتق، وقال غيره: لا يسقط ذلك، والفرق للمذهب: أن هذه كفارات وأمور في الذمة فتسقط كالكافر الأصلي لا تقبل ذمته بعد توبتها بعد الإسلام، والإحلال[4] وتحريم المبتوتة سببان شرعيان لا يوجبان شيئًا في الذمة، بل

---

(1) (ي): لا تحل.

(2) الا من قوله.

(3) كذا في (د) ومكانها في (ي) بياض.

(4) بعد الاسلام والاحرام، ولتحريم المبثوتة بسببان.

إذا أسلم قلنا له: تحرم عليك هذه حتى تتزوج، لا أن نلزمه[1] شيئًا، وتحل للمطلّق هذه بوطئِك، قال اللخمي: قال محمد: يَسقط الإحلال والإحصان بردتها بخلاف ردته، لأنه فعل فعله في غيره، فلا يبطل بردته كالعتق، قال اللخمي: لو ارتدّا ثم رَجَعَا جاز أن يتناكحا قبل زوج عند ابن القاسم، لأنهما عنده كالحربيين، وعند غيره: لا يجوز، لأنهما يعودان على ما كانا عليه، وإن ارتد المحل خاصة: قال ابن القاسم: لا يحل، وقال غيره: يحل، وفي الكتاب: لا يحل الا العقد الصحيح الذي لا اختيار لأحد فيه مع مغيب الحشفة، وما فيه خيار: فالوطء بعد الخيار، لإستقراره حينئذٍ، وباشتراط الوطء قال الأئمة، خلافا لسعيد بن المسيب، لما في مسلم[2] (ان رفاعة القرظي تزوج امرأة ثم طلقها فتزوجت آخر فأتت النبي عليه السلام فذكرت أنه لا يأتيها وأنه ليس معه الا مثل هُدبة الثوب، فتبسم عليه السلام وقال: أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة؟ لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك، يريد (بعسيلته إيلاج الحشفة، واشترط بعض العلماء الإنزال، ولم يشترط الشافعي الانتشار، وبعسيلتها)[3] مباشرة فرجها بالحشفة، ومقتضى هذا الحديث: اشتراط علمها وبلوغها، وجوز (ش): المراهق والصغير لما جبلت عليه الطباع من لذة المباشرة ولو صغر السن، وقياسًا لإحلال الصغير على إحلال الصغيرة والمبتوتة، وجوز (ح): المراهق، ومنعه مالك لأنه خلاف المفهوم من الحديث، قال اللخمي: وعلى أحد قولَيْ مالك في المراهق: يُحَد في الزنا: يُحل[4] وفي الكتاب: وطء الحائض أو أحدهما معتكف، أو صائم رمضان، أو محرم: لا يُحل ولا

---

(1) (د) لا ما الزمنا.

(2) في النكاح، باب لا تحل المطلقة ثلاثاً لمطلقها حتى تنكح الخ. عن عائشة، ورواه البخاري في الطلاق، باب اذا طلقها ثلاثاً ثم تزوجت بعد العدة زوجاً غيره فلم يمسها. والهدبة: طرف الثوب كنت به عن استرخاء ذكره.

(3) ما بين القوسين سقط من (د).

(4) (د) يحلل.

يحصن، واشترط[1] (ش): حل الوطء، ولا يحل وطء النصراني النصرانية إلا ان يطأها بعد اسلامه، قال اللخمي: وقال ايضا: يحللها النصراني، وهو أصوب، لاندراجه في عموم الأزواج.

فرع

قال صاحب البيان: إذا تزوجها مَن حلف ليتزوجنَّ على امرأته لتبر يمينُه: فثلاثة أقوال: قال ابن القاسم: يُحلها، لأنه لم يعزم على التحليل، وقال أيضا: لا يحلها، كانت تشبه أن تكون من نسائه أم لا، لأنه لم ينوِ الإقامة بل الخروج من يمينه، فأشبه المحلل، وقال ابن كنانة: إن كانت تشبه أن تكون من نسائه حلت والا فلا.

قاعدة: كل متكلم له عُرف في لفظه: إنما يحمل لفظه على عُرفه، ولذلك تُحمل عقود كل بلد على نقده، ووصاياهم وأوقافهم ونذورهم على عوائدهم، والشرع له عُرف في النكاح، وهو: المجتمع للأسباب والشرائط والانتفاء للموانع، فحملنا قولَه تعالى: ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ عليه، فخرج العقد الفاسد، والوطء المحرم، وان صحَّ العقد، ووطء النصراني لفساد عقده، وفي الكتاب: لا يحلل إلا نكاحُ الرغبة غير المدلسة، قيل لمالِك: إنه يحتسب ذلك، قال: يحتسب في غير هذا، لقوله عليه السلام في الترمذي[2]: (لَعَنَ اللهُ المحلِّلَ والمحلَّلَ له) واللعنة دليل التحريم، وسبُبه في المحلل: ما فيه من دَنَاءة المروءة من عَزم الإنسان على وطء امرأة لتمكين غيره من وطئِها بعد[3] صيرورتها فراشا له ومنسوبة

---

(1) (م) ولم يشترط (ش).. وهو الصواب حسبما في كتاب (الفقه على المذاهب الأربعة 77/4).

(2) في النكاح، باب ما جاء في المحلل والمحلل له، عن علي وجابر وابن مسعود، ورواه ابو داود في النكاح، باب في التحليل،والنسائي والدارمي في سننيهما في الطلاق وابن أبي شيبة في (المصنف) وأحمد في (المسند 448/1، 492) وهو صحيح.

(3) (ي): بغير.

إليه، وفي المحلَّل له، مع أن القاعدة امتناع مؤاخذة الإنسان بفعل غيره، اما لاستباحته بهذا التحليل الفاسد إن فعل، واما لأن طلاقه ثلاثًا محرم، وهو المخرج إلى هذا. وإما أن يُحمل على ما إذا اشترط التحليل، واللعن يدل على فساد العقد فيفسخ ابدًا ولا يحلل، مع ان صاحب القَبَس قال: لم يصح هذا الحديث.

قال ابن يونس: قال عبد الملك: الوطء الحرام يحلل ويحصّن، وقال المغيرة يحصّن، لأن الإحصان يرجع إلى وجوب الرجم، والمعصية تناسب العقوبة، ولا يحلل لأن الإحلال نعمة تنافيها المعصية، والوطء في صوم التطوع وقضاء رمضان ونذر أيام معينة[1] يُحل ويُحصّن عند مالك واصحابه لحصول العسيلتين، وتوقف ابن القاسم في صوم التطوع، قال مالك: ان نوى امساكها إن أعجبته، والا حلها[2] لا يحل لمشاركة نية التحليل، ووافقنا ابن حنبل على فساد العقد اذا اشترط عليه التحليل مع العقد او قبله او نواه، وقال (ش) و(ح): يحل اذا نواه من غير شرط، وجوز (ح): نكاح المحلل والإقامة عليه، بل قال بعض الحنفية: ذلك قربة بالإحسان للمطلق، لَنَا عليهم: ما تقدم، قال مالك: ولا يضر إرادة الزوجين التحليل إذا لم يعلم المحلل، لأن الإحلال بالوطء والطلاق من جهته دونها، قال مالك: يفسخ نكاح المحلل بطلقة ابدًا، وله نكاحها بعد ذلك، وتركه أحب إليَّ، ولها صداق مثلها بالمسيس، وقال ايضا: المسمى، وان ردها زوجها بدليل النكاح الفاسد فسخ بغير طلاق، قال صاحب المنتقى : اذا عقد المحلل للتحليل يفسخ قبل البناء وبعده بطلقة بائنة عند محمد إذا ثبت ذلك بإقراره، ولو ثبت بعد البناء اقراره قبل البناء فليس بنكاح، قال: وعندي يجري فيه الخلاف في فساد العقد، ويجب عليه

---

(1) (ي): غير معنية.

(2) (ي): لعنها.

ان يعلم الاول بقصده للتحليل حتى يمتنع، واذا اشترى المبتوتة لا تحل له، وقاله الأئمة، لأن الآية اشترطت النكاح وهو ظاهر في التزويج دون الملك.

المانع الثامن: الكفر.

وفيه خمسة فصول:

الفصل الأول: فيما يحل، وفي الجواهر: الكفار ثلاثة أصناف: الكتابيون، يحل نكاح نسائهم، وضرب الجزية عليهم، وان كرهه في الكتاب لسوء تربية الولد، ولأمر عمر رضي الله عنه الصحابة بمفارقة الكتابيات ففعلوا. الاحذيفة، وقاله ابن حنبل، وأجازه (ش) من غير كراهة، لقوله تعالى: ﴿والْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤمِنَاتِ والْمُحْصَنَاتُ مِنَ الذِينَ أُوتُوا الكِتابَ مِنْ قَبْلِكُمْ﴾ (المائدة: 5) والمراد بالمحصنات ها هنا: الحرائر.

والزنادقة والمعطّلة لا يُناكَحوا، ولا تُؤْخَذُ منهم الجزية، والمجوس: لا يناكحوا، وتؤخذ منهم الجزية لمفهوم الآية المتقدمة، ولقوله[1] عليه السلام: (سنّوا بهم سنة أهل الكتاب غير آكلي اطعمتهم ولا ناكحي نسائهم) وبهذه الجملة قال الأئمة، وقيل: يحل نكاح حرائر المجوس نظرًا لأنهم لهم كتاب وعقد[2]. وهذا لا عبرة به، فان الوثنيين من ولد إسماعيل، والمعتبر انما هو حالتهم الحاضرة، قال اللخمي: لا يجوز وطء الوثنيات بنكاح ولا ملك، لعموم قوله تعالى: ﴿ولاَ تَنْكِحُوا المُشْرِكَاتِ حَتَّى يؤمنَّ﴾ (البقرة: 221) وقيل: الصابئون من النصارى، والسامرية من اليهود، وقيل: ليسوا منهما، فيجوز نكاحهم على الأول دون الثاني.

(1) رواه عبد الرزاق وابن ابي شيبة في مصنفيها، في النكاح، والبيهقي في (السنن الكبرى) عن الحسن بن محمد (ابن الحنفية) بن علي، مرسلا بسند ضعيف كما قال ابن حجر في (تلخيص الحبير 172/3). وروى مالك في (الموطأ) كتاب الزكاة، باب جزية اهل الكتاب والمجوس، شطره الأول (سنوا بهم سنة اهل الكتاب) بسند منقطع، عن عبد الرحمن بن عوف، انظر: (غوث المكدود، لتخريج منتقى ابن الجارود 352/3).

(2) د: ومعك.

تمهيد: قوله تعالى: ﴿والمُحْصَنَاتَ مِنَ الذينَ أوتُوا الكِتَابَ مِن قَبْلِكُم إذَا آتيتموهنّ أجُورَهُنَّ﴾ الآية متأخرة النزول عن قوله تعالى: ﴿ولاَ تَنْكِحُوا المُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤمِنَّ﴾ فأبيحت الأمة الكتابية قياساً على الحرائر بجامع الشرف بالكتاب، وتسويةً بين المناكح والأطعمة، وقيل: المشركات خاص بالوثنيات، وإن اشرك اليهود بعُزَيْر، والنصارى بعيسى عليهما السلام، لقوله تعالى: ﴿لَمْ يَكُنْ الذِينَ كَفَرُوا مِنَ أهْلِ الكِتَابِ وَالمُشْرِكِينَ﴾ (البينة: 1) فباين بينهم في آيات كثيرة من الكتاب.

تنبيه: لما تشرف اهل الكتاب بالكتاب، ونسبتهم إلى المخاطبة من رب الأرباب، أبيح نساؤهم وطعامهم، وفات غيرَهم هذا الشرف بحرمانهم (وأما الأمة الكتابية: فلا، لأن الله تعالى حرم الأمة المؤمنة الا بشرطين: صيانة للولد عن الرق)[1]، والأمة الكافرة تجمع بين الإرقاق، وتلقين الكُفْر، وتغذية الخمر والخنزير، فحرمت مطلقًا، وقاله (ش) وابن حنبل، وأجازها (ح) تسوية بين الحرائر والإماء، عكسُه المجوس، والفرق عندنا: اجتماع المفسدتين.

فرع

في الكتاب: توطأ الأمَة المجوسية الصغيرة اذا أجبرت على الإسلام وعقلَت ما يقال لها، وفي اللباب[2]: توطأ الأمة الكتابية بالملك، وقاله الأئمة، ولا يمنع نصراني من نكاح مجوسية[3]، ولا مجوسي من نصرانية، لأن لا نتعرض لهم.

---

(1) ما بين القوسين سقط من (ي).

(2) (وفي (اللباب)) سقطت من(د).

(3) (د) ولا مجوسية، كذا ولعله سقط بعدها: من نصراني.

فرع

قال[1]: الولد تبع للوالد في الدين والحُرية، ولأمّه في الملك والجزية، لأن الأديان إنما تقوم بالنصرة. وهي بالرجال أَلْيق، والرق مهانة واستيلاء، وهما بالنساء أنسب، قال ابو الطاهر: وقيل: يتبع الأم كيف كانت قياساً على الرق والحُرّيّة، وقيل: أحسنهما ديناً تغليباً للإسلام، وقاله (ش)، ومَا وُلد للمرتد بعد ردته هل يكون كَوَلَد الكافر في السبي والرق والجبر على الإسلام أو يجبر على كل حال؟ قولان، واذا قلنا ببقائهم، فهل نفقتهم على آبائهم؟ قولان، كالقولين في نفقات الزوجات إذا أسلمن، ورجح ابنُ محرز: النفقة على الأب لوجوب سببها وهو القرابة. وفي الكتاب: إسلام الأب إسلام لِصِغار بنيه، واذا زوج النصراني ابنته الطفلة[2] من كتابي، ثم أسلم الأب وهي صغيرة، فسخ نكاحها، وكذلك الطفل لو كانت المرأة مجوسية، يعرض عليها الإسلام، فإن أبت فرق بينهما ما لم يتطاول، وان كان الولد مراهقًا ابن اثنتي عشرة سنة حالة الإسلام، فلا يجبر عليه الى البلوغ، فإن أقام على دينه لم يعرض له لاستقلاله على التمييز، وان ترك الأطفال حتى راهقوا: فإن أبوا الإسلام (لم يُجبروا، لأنها حالة تأبى التبعية، وقال بعض الرواة: يجبرون نظرًا لحالة الإسلام)[3] وهو اكثر مذاهب المدنيين.

فرع

قال: لو مات أبو المراهق، وقف المال إلى أن بلغ وأسلم، ورث والا فلا، ولو أسلم قبل احتلامه لم يتعجل ذلك حتى يحتلم، لأنه لو رجع لم

(1) (ي): تحال والولد.

(2) (ي): العاملة

(3) ما بين القوسين سقط من (د).

يقتل، وقيل: يقتل، وله الميراث ولو رجع ضرب حتى يسلم أو يموت، قال مالك: ولو قال الولد: إني لا أسلم اذا بلغت لا يعتبر ذلك.

الفصل الثاني، في أنكحتهم، وهي - عندنا - فاسدة، وإنما الإسلام يصححها، خلافًا لابن حنبل، وفي **الكتاب**: لا يطأ الذمي مسلمة بنكاح ولا ملك، وليقدم[1] في ذلك إلى الذمة، ويعاقبون بعد التقدم، ولا يحدون، ويعفى عن الجاهل، وتباع الأمة عليه نفيًا لاستيلاء الكفر على الإسلام، ويفسخ النكاح، وإن أسلم الزوج لفساد العقد. قال ابن يونس: وتُحَد المسلمة إن لم تعذر بجَهل، كما قال في كتاب محمد، اذا تزوج مجوسية عالمًا بالتحريم حُدَّ، قال اللخمي: وطلاقُهم غير لازم، لأن فيه حقًا لله تعالى، وهو ساقط مع الكفر، وحق للمرأة وهو في معنى هبتها نفسها، ونحن لا نجبرهم على الوفاء بالهبات، وكذلك القول في العتق، فإن جارت[2] المرأة نفسها والعبد نفسه لم يمكنا من الرجوع، وان امتنعا ما لم يضرب على العبد الجزية، فلا يمكن من الرضا بالرق، وفي الجواهر: اذا طلقها ثلاثا ثم أبانها عنه مدة لم يحتج بعدَ الإسلام لمحلل، قال صاحب النكت: قال بعض شيوخنا: إذا رضيا بحكم الإسلام فحكمنا بالثلاث ليس له ردها للزوجية[3] قهرًا لأجل حكمنا، وله ذلك برضاها، لأن طلاق الكفر غير لازم، قال الشيخ أبو الحسن: واذا أسلما له ردها قبل زوج، وفي **الكتاب**: طلاقُهم غير لازم، وإن رفع إلينا لا يحكم به إلا[4] بِرِضا الزوجين بحكمنا، قال ابو الطاهر: اذا رضيا بحكمنا: ففي اعتبار رضا أساقفتهم قولان، نظرًا لدخول ذلك في عهدهم أم لا، واذا حكمنا في الطلاق، فَلمتأخرين أربعةُ أقوال: يُحكم بالثلاث ان أوقَعَهَا، أو

---

(1) (د): ويتقدم ذلك إلى الذمة.

(2) (ي): حارت، ولعلها: حررت

(3) (ي): بالزوجية بهذا.

(4) (د): الا أن يتراضيا الزوجان بحكمنا.

بتطليقة، أو بالفُرقة في الجملة، أو تُعتبر أنكحتهم إن كانت على الوضع الشرعي[1] حكمنا بالطلاق والا فبالفراق مجملا، وفي الكتاب: الأفضل: عدم الحكم بينهم، لقوله تعالى: ﴿فإنْ جَاؤوكَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ أو أعْرِضْ عَنْهُم﴾ (المائدة: 42) ولو تزوج ذمي امرأة غيره منع[2]، لأنه من باب التظالم.

الفصل الثالث: في إسلامهم، وفيه أربعة أبحاث،

البحث الأول: فيا يثبت من عقودهم بعد الإسلام، قال ابن يونس: وهي ـ عندنا ـ فاسدة، وإنما الاسلام يصححها، وفي الجواهر: لا نقرهم على ما هو فاسد عندهم إلاَّ أن يكون صحيحًا عندنا، ولو اعتقدوا غصب امرأة أو رضاها بالإقامة مع الرجل من غير عقد أقررناهم عليه، وقاله (ش)، والضابط: أن كل مفسد يدوم كجمع الأختين، أو لا يدوم لكن أدركه الإسلام، كالزواج في العدة فيسلم فيها فهو مبطل، وما لا فلا، وقال (ش) وابن حنبل: عقودُهم صحيحة.

تنبيه: واعلم أن قولنا: أنكحةُ الكفار فاسدة، مشكل، فإن ولاية الكافر للكافر صحيحة، والشهادة عندنا ليست شرطا في العقد حتى نَقول: لا تصح شهادتهم لكفرهم، ولو قلنا: إنها شرط واشهد اهل الذمة المسلمين، فينبغي التفصيل، أما القضاء بالبُطلان على الإطلاق فلا، وغاية ما في الباب: أن صداقهم قد يقع بما لا يحل، وكذلك المسلمون، وتختل بعض الشروط أو كلها أحيانا، وكذلك المسملون، فكما لا يقضى بفساد أنكحة عوام المسلمين وجُهَّالِهم من أهل البادية وغيرهم، بل نُفَصّل ونقول: ما صَادَف الشروط فهو صحيح، سواء أسلموا أم لا، وما لم يصادف فباطل،

---

(1) (ي): استرعي.

(2) (منع) سقطت من (ي) وهي ضرورية.

أسلموا أم لا ، وعلى هذا كان ينبغي ألا يُخَير بين الأم وابنتها اذا أسلم عليهما ، بل نقول: ان تقدم عقد البنت[1] صحيحا تعينت، وكذلك لا نخيره اذا اسلم على عشر نسوة، بل نقول: ان وقع اربع منها اولا على الصحة تعين، وكذلك يليق[2] اذا حكمنا بفسادها جملة أن لا نفرق[3] بين الموانع الماضية وما بقي مقارنًا للإسلام إذ الكُلُّ فَاسد، وقد أقر عليه السلام مَن أسلم على نكاحه، ففي ابي داود[4] (انه عليه السلام رَدَّ ابنتَه زَينب على ابي العاصي بالنكاح الأول ولم يحدث شيئًا) وفي الكتاب: لا يثبت من شروطهم بعد الإسلام الا ما يثبت للمسلم، وترد إلى ما يجب في الإسلام، ولا يفسخ النكاح بما لا يجيزونه[5]، وإن كان يفسخ للمسلم قبل البناء، لأن الإسلام يقرّر عقودهم، واذا تزوجها بخمر او خنزير أو بغير مَهر لاستحلالهم ذلك ثم أسْلَمَا بعدَ البناء ثبت النكاح، فان كانت قبضت ذلك الخمر قبل البناء فلا شيء لها غيره، لأنه من أموالهم حينئذٍ، والا فلها صداق المثل (وان لم يبين لها حتى اسلما قبل القبض، او قبضت، خير بين صداق المثل)[6] أو الفراق، لأنا لا نبيح وطئها بغير صداق، والفراق بطلقة واحدة كنكاح التفويض في الإسلام، وقال غه ‌ء: اذا قبضت لا شيء لها لأنه من أموالها حينئذٍ، كما لو باعت خمرًا حينئذٍ، قال ابن يونس: إذا قبضت نصفَه: كان لها نصفُ صداق المثل، وعلى هذا الحساب اذا بَنَى، وإلا فلها الامتناعُ حتى تأخذ صَدَاقَ المِثل، وهذا كله اذا أسلما، أما إذا أسلمت دونه فُسخ النكاح ولا شيء له عليها فيما قبضت

(1) (ي): الام.

(2) (ي): وكان ينبغي إذا حكمنا...

(3) (ي): ان نفرق.

(4) في الطلاق، باب إلى متى ترد عليه امرأته اذا أسلم بعدها، عن ابن عباس، ورواه الترمذي في النكاح، وهو حسن.

(5) (ي): بما يجيزونه.

(6) ما بين القوسين سقط من (د).

من خمر أو خنزير تغليبًا لملكها، وقيل: عليها قيمة المقبوض، وان كان قائمًا، وتُراق الخمر، ويقتل الخنزير، لأنها منعته منه بإسلامها، قال ابن القاسم: ولو أصدقها ثمن خمر فلها قبضُه بعد إسلامها، ولو أصدقها دَينا لَه ربا فأسلما قبل القبض فلا شيء لهُ الا رأس المال، لأنه الذي يستحقه، ولو كان درهمين وأصلها برباها ثلاثة دراهم، نظرًا لأصلها، قال اللخمي: اذا أسلما قبل البناء والصداق خمر، فأربعة أقوال: ما تقدم، وقال أشهب: يعطيها ربع دينار، والا فسخ، وقال ابن عبد الحكم: قيمة الخمر، وإن اسلمت قبل البناء بعد قبض الخمر: قال ابن القاسم: ترد قيمة الخمر فَاتَتْ أم لا، وتكسر عليها، وقال ايضا: لا شيء عليها، لأنها مستهلكة شرعًا، قال: وأرى رَدَّه خمرًا لأن بانفساخ النكاح يصير ملكًا للزوج.

فرع

في الكتاب: اذا أسلم مجوسي أو ذمي وتحته مجوسية عرض عليها الإسلام، فإن أبت وقعت الفرقة، وإلا بقيت زوجة ما لم يبعد بين[1] اسلامهما من غير تحديد، والشهر ونحوه قليل، فإن أسلمت المرأة بعد البناء فلا يعرض عليها الإسلام، ولكنه إن أسلم في عدتها كانت له، والا فلا، قال صاحب الاستذكار: قال مالك في الموطأ[2]: تقع الفُرقة اذا امتنعت الوثنية أو المجوسية في الحال، وقال (ش): ينتظر إسلامها في العدة، لأن ابا سفيان أسلم وأسلمت إمرأته بعده بأيام، ورد عليه[3] السلام ابنتَه زينب على ابي العاصي بالنكاح الأول ولم يحدث شيئًا بعد ست سنين، وقيل: بعد سنتين وعُلّل ذلك باحتمال تأخُّر الحيض بقوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ﴾ (البقرة: 228) أي في العدة إجماعا، وجوابه: أن

(1) (ي): بعد اسلامها.

(2) في كتاب النكاح، باب نكاح المشرك اذا أُسلمت زوجته قبله، ولفظه: قال مالك: واذا أُسلم الرجل قبل امرأته وقعت الفرقة بينهما اذا عرض عليها الإسلام فلم تسلم لأن الله تعالى يقول: ﴿ولا تمسكوا بعصم الكوافر﴾.

(3) تقدم تخريجه آنفًا.

قصة زينب قبل نزول الفرائض، مع أنه ردها بنكاح جديد، وهو مقدم على الأول، لكونه زيادة على النفي، ويُحمل قوله: (ولم يُحدث شيئًا) على مثل الصداق الأول، والأخبار الكثيرة الواردة في إسلام الوثنيين معارضة لقوله تعالى: ﴿وَلاَ تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الكَوَافِرِ﴾ (الممتحنة: 15) وقال (ح): إن لم يسلم زوجُها بعدها فرق بينهما في الحال إن كانا في دار الإسلام، وان كانا في دار الحرب بقيت الزوجةُ حتى تقضي العدة، وحمل القصص المذكورة على ذلك، وان أسلمت المجوسية قبل انقضاء العدة فَهُمَا زوجان، والا فلا[1]، وقال ابن حنبل: تقع الفرقة في الحال مطلقا، والصواب: أن المعتبر اختلاف الدين لا اختلاف الدار، وقبول الإسلام على القرب كما قال في المدونة، وفيه جَمْعٌ بين الكتاب والسنة الواردة، قال صاحب النكت: قال بعض شيوخنا: إذا أسلم مجوسي قبل البناء لا تبقى زوجته إلا ان يُسلم بالقرب جدًّا، ويُعرض الإسلام على ابوي الصغيرة كعرضه على الكبيرة لأنها تسلم تبعًا لها، فإن لم يكن لَهَا أبوان بقي الأمر موقوفًا حتى تعقل، وان كانا لا يتوارثان، لعدم تعين سبب الفسخ، قال ابن يونس: في كتاب محمد: إذا أسلم لا يفرق بينهما حتى تنقضي العدة، وروى ابن القاسم: اليومين والثلاثة، فإن أبت استبرأت نفسها بحيضة، وقال أشهب: اسلامه قبل البناء يقطع العصمة، وبه أخذ محمد.

فرع

في الكتاب: اذا أسلمت قبل البناء تحت مجوسي أو كتابي بانت منه، ولا رجعة إن إسلم لعدم العدة، وإسلام الزوج كالرجعة، ولا يملك عصمتها بعد العدة في المدخول بها، والفراق في هذا بغير طلاق، لكونه

(1) (ي): والا فلها نصف الصداق.

متفقًا عليه، وقاله ابن حنبل و(ش)، وقال (ح): يعرض الإسلام على الآخر في دار الإسلام، فإن امتنع وقعت الفرقة، وأصله قوله تعالى في اللائي أسلمن دون أزواجهن: ﴿فَلاَ تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الكُفَّارِ، لاَ هُنَّ حِلٌ لَهُمْ وَلاَ هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ﴾ (الممتحنة: 15) وأسلم[1] صفوان في العدة بعد شهر، قال ابن يونس: واذا أراد الإسلام فافتدت له على أن لا يسلم حتى تنقضي عدتها، أو على اسقاط الرجعة لا يصح، ويرد ما أخذه، والفرق بينه وبين الردة في لزوم الطلاق: أن الردة صادرة من مُسلم، والمسلم يلزمه الطلاق، وقال اللخمي: قال ابن القاسم: ان لم يسلم فهي طلقة بائنة، وقول مالك احسن، لأن الكافر لا يلزمه الطلاق.

واختلف في العدة، فقال مالك وابن القاسم: اذا أسلمت دُونَه فثلاث حيض، وقال مالك: تكفي النصرانية يطلقها النصراني حيضةٌ، ولابن القاسم في المجوسية تأبى الإسلام: تكفيها حيضة، لأن الزائد تعبد، وفي البخاري: كانت المرأة اذا هاجرت[2] حتى تحيض وتطهر، فإذا طهرت حل لها النكاح، قال ابن القاسم: واذا قالت: حضت بعد إسلامي ثلاث حيض، وقال الزوج: انما أسلمت من عشرين ليلة صُدّق[3] لأن الأصل بقاؤها على الكفر، ولو وافق على أمد العدة وقال: أسلمت قبلك، أو في العدة، وأكذبته، لم تصدق لأن الأصل بقاؤه على حَالِه، قال صاحب البيان: المعروف من المذهب: إذا أسلمت لا يثبت نكاحه إلا أن يسلما معا، لأن الكافر لا يكون زوج مسلمة، والمعروف: أن الفرقة فسخ، لأن الكافر لا يلزمه طلاق، واذا لم يعلم بإسلامها في العدة حتى تزوجت: فروي عن

---

(1) رواه مالك في (الموطأ) في النكاح، باب نكاح المشرك اذا أسلمت زوجته قبله، عن ابن شهاب بلاغاً، قال ابن عبد البر: لا أعلمه يتصل من وجه صحيح، وهو حديث مشهور معلوم عند أهل السير وابن شهاب أمام أهلها، وشهرة هذا الحديث أقوى من اسناده ان شاء الله تعالى. اهـ

(2) لم نهتد اليه في الصحيح، وفي الكلام سقط.

(3) (ي): صدقت.

مالك استقلالها بالعقد، فإن اسلم قبلها فهو احق بها. (وفي المدونة: هو أحق بها ما لم تدخل، وروي عنه: استقلالها)[1] أبدًا، لأنها نصرانية تحت مسلم، فلا عدة سواء دخل الأول أم لا، وقال ابن وهب: الدخول[2] يفيتها.

فرع

قال صاحب النكت: إذا قدما بِأمان فأسلم، لم يكن لامرأته الرجوع لبلد الحرب محتجة بالأمان، لأنها ألزمت نفسَها استيلاء زوجها عليها، وفي الكتاب: إسلام الحربي الكتابي لا يزيل عصمته، ويكره وطؤه بدار الحرب كما يكره الزواج بها خشية على الولَد من اتباع الأم، والمُؤَمَّنان كالذميين في إسلامهما، وإذا أسلم الذمي صبيًا وتحته مجوسية لم يفسخ نكاحه حتى يثبت على إسلامه بعد البلوغ، فتقع الفُرقة، إلا أن تسلم هي، لأنه لو ارتد حينئذٍ لم يقتل، واذا وجبت الفُرقة بين المجوسيين قبل البناء فلا صداق ولا متعة، لأن الفُرقة من قبلها، وإذا تزوج صغير بغير إذن ابيه ثم أسلم بعد البلوغ ثبت عقده، لأنه شيء مضى، وكذلك لو تزوج المبتوتة قبل زوج، وإذا أسلم العبد وتحتَه أمة نصرانية فسخ كالمجوسية إلا أن تُسلم في العدة، لأن المسلم لا يتزوج الكتابية، قال اللخمي: قال اشهب: لا يفرق بينهما لعدم الخطاب حالة العقد لطريان الطول على الأمة المؤمنة، قال اللخمي: واسلام احد الزوجين في سن عدم التمييز لا يؤثر فراقا، وفي الإثغار فما فوقه قيل: يلحق بالبالغ. وقيل: لا، قال ابن يونس: اذا عقد على أربع في العدة، ثم أسلم عليهن بعد العدة ثبتن، قاله ابن القاسم وأشهب، بنى بهن أم لا، وقبل العدة: فارقهن لقيام المانع، وعليهن ثلاث

---

(1) ما بين القوسين سقط من (د).

(2) (الدخول) سقطت من (ي).

حيض ان مسهن، أو بعد عدة بعضهن[1]. فارق ما فيه[2] العدة، كُن في عقد واحدٍ أم لا، بنى بهن ام لا، ولا[3] يثبت نكاح المتعة إذا أسلم بعد الأجل والا فلا، قال اللخمي: ولا يختلف انهم مخاطبون بالإصابة حال الكفر في حرمة المصاهرة.

البحث الثاني: في النفقة والسكنى. وفي الجواهر: اذا أسلم قبلها ثم تخلفت لَم تستحق نفقة لمدة التخلف، لأن الإمتناع منها، وان أسلمت وتأخر ثم أسلم: قال ابن القاسم: لها النفقة في العدة حاملاً أو حائلا، لأن له الرجعة، وقال ايضا: لا نفقة لها لامتناعها بإسلامها، قال: وهو احسن عند أهل النظر، وفي الكتاب: لو بنى بها وهما مجوسيان أو ذميان فافترقا لإسلام احدهما وتأخر حيضها فلها السكنى، لأنها معتدة منه (وإن كان[4] فسخا).

البحث الثالث: في اختياره من العدد. وفي الكتاب: إذا أسلم على أكثر من أربع اختار اربعًا، كن أوائل العقود او أواخرها، ويفارق الباقي، لما في ابي داود[5]: (قال قيس بن الحارث: أسلمت وتحتي ثماني نسوة، فأتيت النبي عليه السلام فقلتُ له ذلك، فقال: اختر اربعا منهن) ووافقنا (ش)، وقال (ح): انما يختار مَن تقدم عقدهن لفساد ما بعده، وجوابه: أن المفسدات التي لا تقارن[6] الإسلام لا نعتبرها، ويدل على ذلك: انه عليه السلام أمر بالاختيار في إنشاء حكم وتأسيس قاعدة،

(1) (ي): بعدهن.

(2) (د): فارق بامنه.

(3) (د) ويثبت، ولعله الصواب.

(4) ما بين القوسين سقط من الأصل، وهو في (د)... فسخا.

(5) في الطلاق، باب فيمن أسلم وعنده نساء أكثر من أربع، عن الحارث بن قيس أو قيس بن الحارث، وهو حسن بشواهده التي منها حديث فيروز الديلمي الآتي بعده، وحديث غيلان الثقفي، وهو في (السنن).

(6) (ي): لا تفارق.

فلو كان ذلك معتبرًا لَذَكَرَهُ، لأن تأخير البيان عن وقت الحاجة لا يجوز، قال مالك: وكذلك الأختان يفارق إحداهما لما في الترمذي[1]: (أن فيروز الديلمي قال: أسلمتُ وتحتي أختان، فقال له عليه السلام: فارق أيَّتهما شئت) قال ابن يونس: قال محمد: والمجوسي يختار كالكتابي، قال ابن حبيب: ويعطي لمن فارقها قبل البناء نصف صداقها، لأن الفراق باختياره، وابن القاسم يمنع ذلك لأنه عنده فسخ، قال محمد: فإن لم يختر حتى مات جميعهن: فللمدخول صداقُها، ولغير المدخول: خمس صداقها إن كن عشرة، لأن عليه أربع صداقات تنقسم على عشرة، ويسقط نصف ذلك لعدم الدخول، وكذلك لو طلقهن أو بعضهن غير معين، فلكل واحدة خُمُس صَداقها قبل البناء فإن طلق معلومة لم يختر من البواقي إلا ثلاثًا، لأن الطلاق اختيار، أو مجهولة ثلاثًا، بطل اختياره لاختلاط الحرام بالحلال، وفي الجواهر: لا مهر للمفارقات قبل الدخول، لأنه مغلوب على الفراق، وقال ابن حبيب: لكل واحدة نصف صداقها، لأنه كالمتنقل، وفي[2] الاختيار كالمطلق، فإن مات قبل الاختيار قيل: يرثه جميعُهن الربُع ان لم يكن له ولدٌ، ولكل مَبْنِي بها صداقُها، قال ابو الطاهر: المشهور: ربع[3] صَدُقات لجميعهن بالموت، وقال ابن حبيب: لجميعهن سُبُع صَدُقات، أربع لأربع، وثلاث لستة، يقسم الجميع أعشارا.

---

(1) في النكاح. باب ما جاء في الرجل يسلم وعنده اختان، عن ابي وهب الجيشاني انه سمع ابن فيروز الديلمي يحدث عن ابيه... وهو حسن.

(2) (د) لأنه كالمنتقل في الاختيار فهو كالمطلق.

(3) (ي): اربع.

فرع

قال: فلو كن ثمان كتابيات فأسلم أربع ومات قبل التبين، لم يؤثر، لأنه ربما كان يفارق المسلمات، كما لو كانت كتابية ومسلمة وقال: احداكما طالق، ومات قبل التبين.

فرع

في الكتاب: إذا أسلم عن أم وابنتها اختار احداهما قبل البناء، كانا بعقد واحدٍ أو عقدين، ولا تحرم الأم بالعقد لِفَسَادِهِ، والإسلام لا يصححه مع الابنة، وقال غيره: يفارقها، لأن الإسلام يُصحِّحه فهو كالعقد الواحد عليها، قال ابن القاسم: إن حَبَس الأم لا يعجبني نكاح البنت، لأنه نكاح شبهة، وان بنى بهما حُرمتا أبدا، أو بواحدة أقام عليها لتحريم الاخرى لها بالعقد أو بالدخول، واذا ماتت امرأة الذمي فتزوج أمها ثم أسلم، هو كالمجوسي يسلم عَلَى أم وابنتها ويسلمان، قال ابن يونس: قال أشهب: تحرم الأم إذا أسلم عليهما قبل البناء، وتثبت البنت لأنه عقد شبهة.

فرع

قال اللخمي: إذا امسك أربعًا فوجَدَهُن أخوات: قال القاضي اسماعيل: إن طلق عليه السلطان مَن بَقي كان له عنهن تمام الأربع، وقال عبد الملك: ان تزوجن لم يكن له عليهن سبيل، لأنه أحلهن بالفسخ، وقال ابن عبد الحكم: يفسخ له نكاح مَن دخل بها ان اختارها أو وقع الفراق باختياره من غير طلاق.

البحث الرابع: في صفة الإختيار، وفي الجواهر: يلحق بالصريح ما

أفاد معناه، كطلاق واحدة أو ظهارها، والإيلاء منها، أو وطئها، او لو قال: فسختُ نكاحها انفسَخ.

الفصل الرابع: في الردة، نسأل الله العفو والعافية، وهي مبطلة للنكاح، لقوله تعالى: ﴿لَئِنْ أَشْرَكْتَ لَيَحْبَطَنَّ عَمَلُكَ﴾ (الزمر: 65) والمراد: آثار العمل، لاستحلاله رفع المانع[1] فيبطل آثار العقد منها الحل، فإن ارتدت المرأة، فلقوله تعالى: ﴿ولاَ تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الكَوافِرِ﴾ أي مَن كفر من ازواجكم جمعًا بينهُ وبين قوله: ﴿وَالمُحْصَنَاتُ مِنَ الذِينَ أُوتُوا الكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُم﴾ ووافقنا (ش) وابن حنبل على البطلان مطلقا، ارتَدّا معًا أو مفترقين، وقال (ح): هي مبطلة إلا ان يرتدّا معا فيثبت لتساويهما، أو يرتد الزوج وحده فينتظر في العدة كالكافر الأصلي، وجوابه: أنهما استويا في موجب الإبطال، فهما ككافرين لا نكاح بينهما، وهو الجواب عن الزوج وحده.

تفريع، في الكتاب: اذا ارتد احدُهما بطلت العصمة بطلقة بائنة، لوجود الخلاف في إبطال العمل بالردة، وفي انقطاع النكاح، وإن أسلم في عدتها فلا رجعة له للبينونة، وإن أسلمت فلا رجعة لبطلان أصل العقد، وإن كان أسيرًا وجَهِل طَوعًا كَفَر أم كُرهًا اعتدت امرأته، ووقف ماله وسُرِّيتُه، فإن مات حَكَمنا بردته، لأن الأصل عدم الإكراه، وان ثبت الإكراه فهو على حال الإسلام، قال ابن يونس: ورُوي عن أشهب أن إسلام المرأة يعيدها للعصمة، لأن العقد للزوج لا لها، فردتها ضعيفة في الإبطال، وقال المخزومي: للزوج الرجعة إذا رجع إلى الإسلام في العدة كالكافر الأصلي، قال اللخمي: وروي عن مالك، الردة فسخ بغير طلاق كالرضاع وقيل: طلقة رجعية، وقال عبد الملك: إن اسلم في عدتها فلا طلاق والا فطلقة، وقال أصبغ: اذا ارتد وامرأته نصرانية أو يهودية لا

---

(1) (د) الواقع.

تحرم عليه إن عاود الإسلام تسوية بين ردته والكفر الأصلي، ولا خلافَ أن الردة لا تُبطل عقود البياعات[1].

فرع

في الجواهر: إذا ادعى ردتها فأنكرت فرق الحاكم بينهما لإقراره ولو كانت كتابية.

فرع

قال: لو تنصر يهودي أو تهود نصراني أُقرَّ، لأن الكفر مِلَّةٌ واحدة، وروي عن مالك: أنه يقتل لِخُروجه عن الذي عُوهد عليه إلا أن يسلم، ولو تزندق احدهما: قال مالك: لا يُقتل لخروجه من كفر إلى كفر، وقال عبد الملك: يقتل، لأنه كفر لا يقر عليه، وروي عن مالك: يقتل كالمسلم[2] يتزندق.

فرع

قال ابن يونس: اذا تزوج المرتد في ردته فلا صداق وإن دخل بها، لأن ماله للمسلمين اذا قَلَّ، وللحِجر بعد الردة بحيث لا ينفق على ولده، قال ابن القاسم: إن ارتد وتحته ذمية وقَعت الفُرقة لبطلان العَقد، وان ارتد إلى دينها، ولو تزوج حال ردته ذمية لم يجز رَجَع إلى الاسلام أم لا، للحجر، وقال ابن حبيب: إن تزوج بعد حبسه للاستتابة فسخ، وإن قُتل فلا صداق، كانت مُسلمة أو كافرة، وقال عبد الملك: يثبت نكاحه اذا

(1) (ي): التباعات.

(2) (ي): اذا تزندق.

رجع إلى الإسلام لزوال الحجر، وحمل ابو الحسن قول ابن القاسم في عَدَم الصداق على أنها كانت عالمة، وقال: لو لَم تعلم لم يسقط ربع دينار، لأنه حق الله تعالى، ولو رجع إلى الإسلام لكان لها جميع الصداق، تزوجها قبل الحجر أو بعده.

فرع

في الكتاب: اذا رجع إلى الإسلام سقطت عند حُقوق الله تعالى فيما تَرَكه قَبل الردة من صلاة وَصوم وزكاة وحَد ونذر ويمين بعتق وظهار، لقوله[1] عليه السلام: (الإسلام يجُبّ ما قبله) وتثبت حقوق العباد من القذف والسرقة والقتل كما يُؤخَذُ به الذمي[2] ويأتي قتلُه على الردة على جميع ذلك الا القذف فيحد ثم يقتل، ليرتفع عار القذف على المقذوف، واذا رجع ابتدأ الحج والإحصان لحبوطها، قال اللخمي: وقال غيره: إذا تاب هو كمن لم يرتد له وعليه، فيقضي الصلاة المنسية، ولا يقضي الحج المفعول، لقوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَرْتَدِدْ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُولَئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالآخِرَةِ، وأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ﴾ (البقرة: 217) وهذه الآية مقيَّدة، وتلك الآية مطلقة، والمطلق يحمل على المقيَّد، وإليه ذهب (ش) وجوابه من وجهين: أحدهما: أن القائل لعبده: إن دخلتَ الدار فأنتَ حُر، ثُمَّ قال له في وقت آخر: إن دخلت الدار وكلَّمْتَ زيدًا فأنت حر، فانه يعتق بالدخول وحده اتفاقًا، لأنه جعل لعتقه سبيلين، لأن الشروط اللغوية أسباب، وقد وجد احدهما فترتب عليه الحكم، وليس هذا من باب الإطلاق والتقييد،

---

(1) رواه مسلم (78/1) وأحمد في (المسند 199/4-204-205) والحاكم في (المستدرك 454/3) عن عمرو بن العاص من حديث طويل في قصة اسلامه، وهو حسن.

(2) ي: الذي، ويأتي قبله، وهو مصحف.

وثانيها: سلمناه، ولكن المرتب على الردة[1] الموافاة عليها أمران: الحُبوط والخلود، وترتيب شيئين على شيئين يجوز أن يفرد أحدهما بأحدهما، والآخر بالآخر، ويجوز عدم الاستقلال، وليس أحد الإحتمالين أولى من الآخر فيسقط الاستدلال، بل الراجح الاستقلال، لأن الأصل عدم التركيب.

وفي الكتاب: ميراثه للمسلمين دون ورثته ان قُتِل، ولا يرث هو لأنه دين لا يقر عليه، فهو مُباين لجملة المِلَل[2]، ولا يأخذ ميراثا بإسلامه بعد موت المورث لقيام المانع حالة الاستحقاق، قال ابن يونس: قال ابن الكاتب: إنما يسقط عنه العتق غير المعين، أما المعين فلا كالدين، وقال سحنون: لا يسقط حد الزنا ليلا يتذرع الناس بالردة لإسقاط الحد، قال صاحب النكت: إذا حَنثَ في ظهاره ثم ارتد ثم أسلم سقطت عنه الكفارة كنذر المساكين، بخلاف الظهار نفسه، وسَوَّى بعضُ القرويين بينهما في السقوط، وفي التنبيهات: قال اللخمي: قال القابسي: إذا تاب رجع كأنه[3] لم يزل مسلما.

فرع

إذا ارتاب في امرأة، هل تزوجها في العدة أم بعد الرجوع؟ فالقول قول مدعي الحل[4] لأنه الأصل في تصرفات العقلاء.

---

(1) (الردة) سقطت من (د).

(2) (ي): المال، وهو تحريف.

(3) (د) فإنه.

(4) (د) الحمل، وهو تصحيف.

فرع

قال اللخمي: واختلف في ولَد المرتد: فقال ابن القاسم: اذا ارتد ولحق بدار الحرب فالمولود بعد الردة، وولده الصغير وامرأته فَيء، وقال محمد، الحمل قبل الردة يجبر على الإسلام ما لم يحتلم فيجبر عند ابن القاسم، وقال اشهب: يجبر بالضرب، قال ابن القاسم، المولود حال الردة يجبر قبل الحُلُم، لأن الردة لا يُقَر عليها فيتبعها الولد، فإذا بلغ ترك لاستقلاله، وقال ايضا في أهل حصن ارتدوا: يُقتلون ولا تُسبى ذراريهم، وقال سحنون: إذا ارتد ولَحِق بدار الحرب وولد له، ثُمَّ تاب هو وولده وإلى ولَدِ وَلده فحكمه كحاكم جَده، ولا يسبى، ويقتل مَن لم يُسب من الكِبار تغليبًا لإسلام جَدهم السابق، ويكره الصغار على الإسلام. ثم رجع فقال: من بلغ ترك، قال: فإن قتل الأب والولد صغير: أرى أن يُحكم له بالإسلام بخلاف ولد الذمي، والفرق: عدم اعتبار دين الردة.

الفصل الخامس: في السبي، وفي الكتاب: السبيُ يهدم النكاح سُبيا جميعًا أم لا، وعلى المسبية الاستبراء بحيضة، ولا عدة، لأنها صارت أمة، وأصله مَا رَوى[1] ابنُ وهب عن أبي سعيد الخُدْري قال: أصبنا سَبايا يوم أوطاس ولهن ازواج. فكرهَنا أن نَقَع عليهن فَسألْنا النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك، فأنزل الله تعالى: ﴿وَالمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إلاَّ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُم﴾ (النساء: 24) فاستحللناهن. قال ابن قسيط: واذا ابتعتَ عبدًا وامرأته من السبي قبل تفريق القسم بينهما فلك التفريق بينهما ووطء الأمَة، قال ابن يونس: اختلف في معناه: قيل اذا لم يقرهما السلطان على النكاح، وقيل: قوله خلاف، وبيعهما جيعا اقرار على النكاح، سُبيَا جَميعًا او

(1) مسلم في الرضاع، باب جواز وطء المسبية بعد الإستبراء، عن ابي سعيد.

الزوج ثم دَخَلت[1] المرأة بأمان في العدة، وروي: لا سبيل لأحدهما على الآخر، قال: ولا خلاف أن السبي يُسقط[2] عقود الأجانب وغيرهما، وفي التنبيهات: قال محمد: إنما يَهدم السبي النكاح اذا وَطيء السيدُ بعد الاستبراء ولم يَعلَم بعدُ بالزوجية.

فرع

في الكتاب: إذا باع بدار الحرب رقيقا[3] وذكر الرقيقُ أن بينهم نكاحًا: إن علم ذلك ببينة ثبت النكاح، لأن هذا ليس بسبي وإلا فلا، لاتهامهم في إباحة الوطء.

فرع

قال: ولو أسلم الزوج بدار الحرب وأتى الينا، وقدِم بأمان فأسلم وسُبيت امرأته فهي في عصمته إن أسلمت. والا فُرق بينهما، إذ لا ينكح المسلم امة كتابية. وهي وولدها ومهرها الذي عليه فَيء، قال صاحب النكت: قال بعض شيوخنا: اذا قدمت بأمان فأسلمت أم لا، ثم سبي الزوج بقرب ذلك فأسلم، فهما على النكاح، إلا أنها لا تجْبَر[4] لأجل رقه بالسبي، ويصدق التجار الكفار في الزوجية بين المملوكين، لأنها عيب ينقص الثمن، فهو إقرار عليهم وليس شهادة.

المانع التاسع: الرق على أحد الشخصين للآخر، وهو يمنع في جميع[5]

(1) (د): خرجت.

(2) (ي): ..ان السبي سقط عقود الاجابر وغيرها.

(3) (ي): رقيقاسا، وفي (د).

(4) (د) الا ان تختر لأجل رقه.

(5) (د) جملة.

الحالات، وقاله الأئمة، فلا يجوز للرجل نكاح أمته ولا للمرأة نكاح عبدها. ومتى ملك أحد الزوجين صاحبَه انفسخ النكاح.

قاعدة: كل تصرف لا يترتب عليه مقصوده لا يُشرع، فلذلك لا يحد المجنون بسبب في الصحة، ولا السكران، لأن مقصود الحد الزجْر بما يشاهده المكلف من المؤلمات والمذلات في نفسه، وذلك انما يحصل بمرآة العقل، وكذلك لا يشرع اللعان في المجنون ومن لا يولد له، لأنه لا يلحق به الولد، وكذلك لا يشرع عقد البيع مع الجهالة والغَرَر، لأن مقصوده تنمية المال وتحصيل مقاصد العوضين، وذلك غير معلوم حينئذٍ، ونظائرها كثيرة، فلهذه القاعدة لا يشرع نكاح الرجل أمته، لأن مقاصد النكاح حاصلة قبل العقد بالملك، فلم يحصل العقد شيئًا فلا يشرع.

قاعدة: مقصود الزوجية: التراكن والود والإحسان من الطرفين، لقوله تعالى: ﴿وَمِن آيَاتِه أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِن أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾ (الروم: 21) ومقصود الرق: الامتهان والاستخدام والقَهْر بسبب سابقة الكفر، أو مقارنته زجرًا عنه، وهذه المقاصد مضادة لمقاصد الزوجية فلا يجتمعان.

قاعدة: من مقتضى الزوجية: قيام الرجل على المرأة بالحفظ والصون والتأديب لإصلاح الأخلاق، لقوله تعالى: ﴿الرِّجالُ قَوَّامونَ على النِّساء﴾ (النساء: 34) والاسترقاق يقتضي قهر السادات والقيام على الرقيق بالإصلاح والاستيلاء والاستهانة، فيتعذر أن تكون المرأة زوجةً وسيّدةً لتنافي البابين.

قاعدة: كل أمْرين لا يجتمعان، يقدم الشرع والعرف والعقل[1] أقواهما، والرق أقوى من النكاح، لكونه يوجب التمكن من جملة المنافع

---

(1) (ي) يقدم الشرع والعقل والعرف أمواهما.

والرقبة، وبعض المنافع إباحة الوطء الذي لا يقتضي النكاح غيره، فيكون الملك أقوى فيقدم[1]، إذا تقرر ذلك فلا يتزوج الرجل أمته للقاعدة الأولى، ولا المرأة عبدها للقاعدة الثانية والثالثة: ومتى دخلت الزوجية على الرق، والرق على الزوجية كمشتري امرأته لا يثبت الا[2] الرق في سائر الأحوال للقاعدة الرابعة.

تفريع

في الكتاب: إذا اشترت المرأة زوجها بعد البناء فسخ النكاح واتبعته بالمَهْر، كمن داين عبدًا ثم اشتراه، أو قبل البناء فلا مهر الا ان سرى[3] هي وسيده فسخ النكاح اي يقصدان فلا يجوز، وتبقى زوجةً، لأن العصمة بيد العبد، فلا تخرج من يده بالضرر، قال اللخمي: اذا اشترته مكاتبًا أو اشتراها مكاتبةً قيل: يفسخ النكاح لملك الرقبة، وقيل: لا يفسخ، لأن العقد الآن إنما وقع على الكتابة، فإن حصل العجز فحينئذٍ يفسخ، وفي الجواهر: اذا وهبها انفسخ نكاحه، وفي الكتاب: لا يجوز ولا ينفسخ، لأنه عرض فاسد، وقال اصبغ: يكره ويجوز، وقال عبد الملك: إن كان مثله يَملك مثلَها جَازَ ويفسخ النكاح، والاَّ بطلت الهبة ولا يفسخ، قال ابن محرز: هذا يدُلُّ من ملك[4] على اجْبار السيد عبده على قبول الهبة، اذ لولا ذلك لم يكن لمقصد السيد تأثير، لأن للعبد عدم القبول، قال اللخمي: قال محمد: اذا اشترى أحدهما صاحبه بالخيار لا ينفسخ النكاح الا بقبول من له الخيار، لعدم تحقق المعارض، أو بالعهدة انفسخ حينئذٍ لتحقق نقل الملك، ولذلك شرط الإستبراء، وان كان الماء ماء (قال: والقياس في المسألتين عدم الفسخ الآن، وفي الكتاب لا يتزوج الرجل

(1) (فيقدم) سقطت من (ي).

(2) (ي): لا يثبت ا لرق في سائر الاخر.

(3) كذا دون نقط في (د) ومكانها بياض في (ي).

(4) (ي): من مالك.

مكاتبته ولا امته ولا المرأة)[1] عبدها ولا مكاتبها، ولا يتزوج أمة ولده، لأنه لو زنا بها لم يُحدَّ كأَمَتِه، وفي الجواهر: إن فَعَلَ سَقَطَ الحد، وتحرُم على الإبن بالمصاهرة، ويلحق النسب، وينعقد الولد على الحرية، وتصير ام ولده، وينقل الملك إليه بمجرد الوطء، وتثبت قيمة الولد من غير خياره، وقال عبد الملك: له التمسك[2] في عُسر الأب ويسره ما لم تحمل، اذا كان الابن[3] مأمونا على غيبته عليها، فإن كانت موطوءة للإبن مَلَكَهَا الأب بالاستيلاد وحرم عليه وطؤها بوطء الابن، فتعتق عليه لتحريم الوطء.

وفي الكتاب: نكاح الحرة على الأمة[4]، وللحرة الخيار إن لم تكن علمت، فإن كانتا اثنتين فعلمت احداهما دون الأخرى فلها الخيار بعد علمها بالأخرى، وأما إذا تزوج العبد الحرة على الأمة أو بالعكس، فلا خيار، لأن الأمة من نسائه، ولأنها رضيت بمقارنة العبد مع وصف الإستيلاد قال اللخمي: وقال عبد الملك: لها الخيار لمزيد الضرر.

فرع

قال: اذا اشترى امة من ابيه لم تكن له ام ولد يحملها ولا ولدها ولا قبل الشراء المعتقة على هذه بخلاف امة الأجنبي، وقال غيره: لا يجوز شراؤه لها لعتق حملها على الحد[5].

فرع

قال: الأحسن ان لا يطأ أمة عبده ولا يزوجها منه الا بعد الانتزاع، فإن فعل صح، لأن التزويج انتزاع، ولا يصح زواج أحد لأمته إلا في هذه الصورة.

---

(1) ما بين القوسين سقط من (د).

(2) (ي): له التواسك.

(3) (ي): الأب، ولعله الصواب.

(4) من هنا وقع سقط كبير في (ي) فاقتصرنا على (د).

(5) كذا في الأصل، وفي كلام هذا الفرع اضطراب يمنع من حسن فهمه.

فرع

قال اللخمي: قال محمد: إذا اخدم السيد عبده لامرأة لعبد، والأمة لزوجها: إن كان مرجع العبد للحرية انفسخ النكاح ان قبل المخدَم للخدمة، أو إلى سيده او غيره بالملك لم ينفسخ لتعذر ملك غيره المرأة عليه.

المانع العاشر: الرق في بعض الحالات، وهو الرق الثابت على المرأة لغير الزوج، وقال اللخمي: تزويج الأمة جائز، ويختلف فيه، فالجائز كل امة يكون ولدها حرا من ذلك النكاح، كأمة الأب والأم والأجداد والجدات، وقيل: الأب والأم خاصة، وأجاز ابن عبد الحكم: أمة الإبن، وكل هذا إذا كان السيد حرًا، أما لو كان عبدًا يكون الولد رقيقا للسيد الا بعد نكاح لا يرجَى نسله كالخصي والشيخ الفاني، فإن الشرع انما منع الأمة صونًا للولد عن الرق، ونكاح العبد، اذا لا عار عليه في رق ولده، والمختلف فيه، حيث يكون ولد الحر رقيقًا من ذلك النكاح فالمشهور: المنع، وفي الجواهر: لا يجوز الا بثلاثة شروط: عدم الطَّوْل، وخشي العَنَت، وكونها مسلمة، وقاله (ش) لقوله تعالى: ﴿وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكِحَ المُحْصَنَاتِ المُؤْمِنَاتِ - إلى قوله - لِمَنْ خَشِيَ العَنَتَ مِنكُمْ﴾ (النساء: 25) وروي عن مالك: الجواز مطلقا. ومنشأ الخلاف: مفهوم الشرط الذي في الآية، هل هو ليس بحجة فيتأتى قولُ مالك، لأن الآية لم تدل على المنع بمنطوقها بل بالمفهوم؟ أو حجة، فيأتي قولُ ابن القاسم، واذا فرعنا على المشهور ففي الكتاب: الطَّوْلُ: صَداق الحرة لقوله تعالى: ﴿اسْتَأْذَنَكَ أولُوا الطَّوْلِ مِنْهُمْ﴾ (التوبة: 86) ﴿ومَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكِـحَ المَحْصَنَاتِ﴾ فيدل على ان الطَّوْل: المال والقدرة، وقاله (ش)، ولا يرعى[1] القدرة على النفقة، لأنها شرط في التمكن من البقاء إلا في العقد، واشترطها أصبغ،

(1) كذا في الأصل، ولعلها: ولا بد من القدرة.

لأنه لا يزوج ان علم عجزه عنها، وروي أن الطّول وجود الحرة في عصمته، لأن القدرة عليها اذا امتنعت فهو أولى، وعلى المشهور، لو عدم المال وخشي العنّت، أبيحت له الأمة، وان كان تحته ثلاث حرائر، قال القاضي ابو بكر: ولو قدر على صداق كتابته للزوج الأمة، ولو عالته الحرة في المهر فسَرق فلم يجد غيرها تزوج الأمة[1]. ولو قنعت بدون صداق المثل وهو قادر عليه، حرمت الأمة، واما العنت: فهو الزنا، سمي بذلك لأن أصله التضييق والمشقة، لقوله تعالى: ﴿وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَأَعْنَتَكُمْ﴾ (البقرة: 220) أي لضيَّق عليكم، ومنه: التعنت في الصحبة، ولما كان الزنا يؤدي إلى عذاب الله تعالى وكَفَى به حَرَجًا سُمي عَنَتًا، من تسمية السبب باسم المسبَّب، وانما يتم بغلبة الشهوة وضعف الخوف من الله تعالى، فإذا اشتد الخوف وأمن على نفسه حرمت الأمة.

فرع

لو هَوِي أمة بعينها وخشي من الزنا معها دون غيرها، ولم يمكنه الصبر. فرُويت اباحتها دفعًا للزنا، وخرَّج القاضي ابو الوليد هذه الرواية على عدم اعتبار الشرطين، والقدرة على صرف العنَت بالتسري يمنع الأمة.

فرع

قال: إذا تزوجها لحصول الشرائط ثم قدر على الحرة، لم يفسخ نكاح الأمة، وان قلنا: الحرة طَول لوقوع العقد صحيحًا، وقاله الأئمة، قال اللخمي: وقال ابن حبيب: يجوز له البقاء إذا أفَادَ طَوْلاً، أما إن تزوج حرة حرمت عليه الأمة، قال ابو الطاهر: واستقرأ اللخمي وجوب المفارقة، وفي المقدمات: وأما إن أمن العنت لا يؤمر معه بالمفارقة قولاً

---

(1) كذا وفي الكلام غموض.

واحدًا، والفرق: أن ميل الشهوات غير منضبط ولا مأمون، بخلاف وجود المال.

قاعدة: الموانع الشرعية ثلاثة أقسام: منها ما يمنع ابتداء الحُكم واستمراره، كالرضاع يمنع ابتداءَ الحُكم ويقطعه إذا طرأ عليه، والرق في احد الزوجين، ومنها: ما يمنع ابتداء فقط كالإستبراء يمنع العقد، واذا طرأ لا يمنع، ومنها: ما اختلف فيه هل يلحق بالأول او بالثاني؟ كوجود الطَّول، والماء في التيمم يمنع ابتداء التيمم، وهل يبطله اذا طرأ عليه؟ خلاف، والإحرام يمنع وضع اليد على الصيد، وهل يُحرم الإمساك؟ خلاف، وينعطف البحث هاهنا على قاعدة اخرى، وهي: أن الشرع اذا نصب سببًا أو شرطًا بحكمة، هل يجوز اعتبار تلك الحكمة إن وجدت منفردة؟ الأصح منعه كنصب السرقة سببًا للقطع لحكمة صيانة المال، وقد وجدت الحكمة في حق الغاصب وغيره ولا يقطع، والزنا سبب الرجم لحكمة صيانة الأنساب، فلو خلط الأنساب بغير الزنا لا يرجم، وكذلك هاهنا نصب الطَّول سببًا للمنع من العَقد على الأمة لحِكمة ارقاق الولَد، فهل تراعى هذه الحكمة حيث وجدناها او بعد العقد فتحرم الأمة أم لا؟ خلاف، ونظائره كثيرة، وقد تقدم بسطه في الرضاع وغيره.

فرع

قال اللخمي: إذا تزوج أمته على أن ما تلده حُر: فسخ قبل البناء وبعده، لأنه شرط على خلاف مقتضى العقد، قال: ولها المسمى، والولد حر، والولاء لسيده تنزيلا لاشتراطه منزلة عقده، قال محمد: فإن باعها فولدُها عبدُ المشتري، قال: وكذلك أرى ان لم يبع، وفسِخ الشرط، أو رجع السيد فيه قبل تحمل، لأن الرضا بالفاسد لا يلزم، فان استحقت أخذ المستحق ولدها وبطل عتق من عتق قبل ذلك، ولو غره السيد بانها

ابنته عتق الولد لنشأته على الحرية، وللسيد على الأب القيمة عند ابن حبيب خلافًا لمطرف.

فرع

في الجواهر: اذا تزوج أمة بشروطها فلم تغنه، فله الزيادة الى الأربع، ولو استغنى بالأولى ففي اباحة ما زاد خلاف، لتعين الرق هل[1] ووافقنا (ح)، وقال ابن حنبل و(ش): لا يجوز ان يزيد على الواحدة وان لم يستغن بها، وأباح حماد اثنتين، لنا: أن الحاجة متحققة في غير الواحدة، وهي المبيحة للواحدة، فوجب أن تبيح ما عداها.

فرع

في الكتاب: لا تتزوج حرة على امة لما فيه من أذية الحرة بسوء المقارنة، فإن فعل جاز وخُيرت الحرة في نفسها بطلقة بائنة كعَيب حَدَث في الزوج يوجب الفراق، بخلاف اختيار المعتقة لتوقع عتق الزوج، وكذلك تخير اذا تزوج أخرى، قال صاحب المنتقى: في كتاب محمد: إن طلقت ثلاثًا نفذ، قال صاحب المقدمات: اذا تزوج الحرُّ أمة على الحرة: فعلى القول بعدم اشتراط الطَّوْل والعَنَت، وهو المشهور عند ابن القاسم، خلاف المشهور عن مالك، فلا كلام للحرة إلا عند التونسي، لأنها من نسائه ابتداء كالحرة الدنية، وعلى القول بالإشتراط فخمسةُ أقوال: الخيار للحرة في نفسها، كانت الداخلة على الأمة أو بالعكس، والثاني: إن كانت داخلة تخير في نفسها لأنها فرطت في التعرف، والامة الداخلة فلها الخيار في الأمة دفعا للضرر. والثالث: ان دخلت الأمة عليها فلها الخيار في

(١) كذا في النسخة.

نفسها أو بالعكس فلا خيار لها، والرابع: إن دخلت الأمة عليها فسخ نكاح الأمة لأن الحرة طَوْل، والخامس: ان دخلت الأمة فسخ نكاح الأمة، وإن دَخَلَت الحرة لم يفسخ نكاح الأمة، لأن العقد جائز. قال صاحب البيان: على قول ابن القاسم لا مقال للحرة، وهو الذي تدل عليه الفاظ المدونة وتأول التونسي أن القول لها على القولين، وهو يصح على قول عبد الملك الذي يَرى الخيار لها، وان كان زوجُها عبدًا، وقال (ح) و(ش): لا يجوز نكاح الأمة على الحرة ولو أذنت لأنها طَوْل عندهما، ويجوز نكاح الحرة على الأمة، وقال ابن حبيب: نكاح الحرة طلاق الأمة، قال اللخمي: ولا أرى الخيارين، بل تُخيَّر هل تَرضى المقام أم لا، فإن لم تَرضَ كان الخيار للزوج يطلق أيها أحب، وينبغي أن يعلمها إن كان يؤثر الأمة فَعَلَّها تختار البقاء،[1] وفي الكتاب: يجوز نكاح الحرة على الأمة، وللحرة الخيار إن لم تكن علمت، فإن كانتا اثنتين فعلمت احداهما دون الأخرى فلها الخيار بعد علمها بالأخرى، وأما اذا تزوج العبد الحرة على الأمة أو بالعكس فلا خيار، لأن الأمة من نسائه، ولأنها رضيت بمقارنة العبد مع وصف الاستيلاء، وقال اللخمي: وقال عبد الملك: لها الخيار لمزيد الضرر.

فرع[2]

اذا تزوج الأمة والحرة في عقد، وسمّي لكل واحدة صداقها فسخ في حق الأمة وبقيت الحرة، ثم قال: إن علمت الحرة جاز، ولا خيار لها، وإلا خُيرت في نفسها، قال اللخمي: إذا علمت بالأمة وأن الرجل لا تكفيه حرة ولا يجد طَوْلَ الأخرى، فنكاح الأمة جائز إلا أن نقول: الحرة طَوْل، وإن تكفِه الحرة أو يجد طولاً فسخ[3] نكاح الأمة وإن لم تعلم بأن التي معها أمة، والزوج يجوز له نكاح

---

(1) هنا انتهى السقط الذي في (ي).

(2) (فرع) سقط من (د).

(3) (د): فسد.

الأمة، كان الحق للأمة[1] ويجري على الخلاف، واذا فسد نكاح الأمة فسخ[2] نكاح الحرة، وان اتّحد العقد لافتراق الملك، وقال ابن القاسم: يفسد لجمعه حلالاً وحراماً كالأم[3] وابنتها في عقد، فإن كانت الأمة ملكاً للحرة فسخ على المشهور لجمع العقد بين حلال وحرام للملك واحد.

المانع الحادي عشر: كونها أمة للابن، لأنها كأمته لعدم إقامة الحدود عليه في الزنا والسرقة من مال ابنه، وقاله ابن حنبل خلافا لـ(ح).

المانع الثاني عشر: كونها أم السيد، لأن ملك ابنها كملكها، فكما لا تتزوج بعبدها فكذلك عبدَ ابنها.

المانع الثالث عشر: الاحرام، فلا يجوز تزويج المُحرمة، وقد تقدم بسطه في الحج.

المانع الرابع عشر: المرض: فلا تجوز المريضة، وكذلك المريض، وقد تقدم بسطه في احوال الزوج.

القطب الثالث: المعقود به، وهو الصداق. وفي التنبيهات: يقال بفتح الصاد وكسرها[4] وأصدقة وصدقة، وفي الجواهر: لا يجوز التراضي بإسقاطه لقوله تعالى: ﴿وامْرَأَةً مُؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا، خَالِصَةً لَكَ مِنْ دُونِ المُؤْمِنِينَ، قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِي أَزْوَاجِهِمْ﴾ (الأحزاب: 50) اي من الصداق، وقوله تعالى ﴿وَهَبَتْ نَفْسَهَا﴾ يقضي اختِصاص المَرأة بالنبي صلى الله عليه وسلم دون المؤمنين، وقوله تعالى ﴿خَالِصَةً﴾ لاَ بُد فيه من زيادة فائدة، لأن الأصل عدم التكرار، وهي اختصاص الهبة به دون المؤمنين، فلا يجوز لغيره، فيتعين اشتراط الصَّداق، ولا يلزم التصريح به،

---

(1) (ي): للحرة.

(2) (د): صح، ولعله الصواب.

(3) (ي): حراما وحلالا وابنتها في عقد، وهو محرف.

(4) كذا، ولعله سقط من هنا: والجمع: أصدقة وصدقات.

لقوله تعالى: ﴿لاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إنْ طَلَّقْتُمْ النِّسَاء مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ (البقرة: 236) فنصَّ تعالى على شرعية الطلاق في صورة عدم الفرض، ومشروعيته دليل صحة النكاح، والواجب لا بد أن يقدر حتى يخرج المكلف عن عهدته، قال اللخمي: وقدره ربع دينار أو ثلاثة دراهم أو ما يساوي احدهما، وقيل: ما يساوي ثلاثة دراهم كقول ابن القاسم في السرقة، وفي القَبَس: قال ابن وهب: أقله درهم ونحوُه لطلبه[1] عليه السلام خاتمًا من حَديد، وعند (ح): عشرة دراهم، لأنه نصاب السرقة عنده فإن تزوجها بخمسة وطلقها قبل البناء أخذتْها، لأن الصداق الواجب عنده لا يتشطَّر، واحتجَّ بقوله[2] عليه السلام: (لا صَدَاق أقلَّ من عَشَرة دَرَاهِم) قال صاحب الاستذكار: ولم يثبتْه أحد من أهل العلم، وعند (ش) هو غير مقدّر، بل ما ينطلق عليه اسم مال، وعند ابن حنبل: ما ينطلق على نصفه اسم مال. ليبقى لها المسمى بعد التشطير، لقوله تعالى ﴿أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوالِكُمْ﴾ (النساء: 24) فيقتصر على المسمى قياسًا كسائر الصور التي أطلقت فيها النصوص، وجوابها: أن هذه القاعدة صحيحة، لكن السنة أبطلت الاقتصار على المسمى هاهنا، وهي ما في (الموطأ)[3] (أنه عليه السلام جاءته امرأة فقالت يا رسول الله: قد وهبتُ نفسي لك فقامت قيامًا طويلا، فقام رجل فقال: يا رسول الله زوجنيها إن لم تكن لك بها حاجة، فقال عليه السلام: هل عندك من شيء تصدِقها اياه؟ فقال: ما عندي إلا إزاري هذا، فقال

---

(1) البخاري في النكاح، باب المهر بالعروض وخاتم من حديد. وباب التزويج على القرآن وبغير صداق، ومسلم في النكاح، باب الصداق وجواز كونه تعليم قرآن وخاتم حديد، من حديث سهل بن سعد.

(2) رواه الدارقطني في السنن في كتاب النكاح عن جابر بسند ضعيف جداً ورواه موقوفاً على علي، وفي سنده مقال كما قال ابن حجر في (بلوغ المرام، من أدلة الأحكام) كتاب النكاح. ورواه البيهقي في (السنن الكبرى) في النكاح عن علي أيضاً بأسانيد كلها ضعيفة.

(3) من كتاب النكاح، باب ما جاء في الصداق والحباء، وقد تقدم تخريجه.

عليه السلام: إن أعطيتها اياه جَلستَ لا إزارَ لك، فالْتمِس شيئًا، فقال: لا أجد شيئًا، فقال: التَمِس ولَو خَاتَمًا من حديد، فالْتمس فلم يجدْ شيئًا، فقال له عليه السلام: هل معك من القرآن شيء؟ فقال: نعم، سورة كذا وسورة كذا لسُور سماها، فقال عليه السلام: قد أنكحتُكها بما معك من القرآن) يدل من أربعة اوجه: أحدها: قوله: ما عندي إلا إزاري، ومعلوم بالعادة أن الإنسان لا يعجز عن حَجَر أو حطب أو ما يساوي فلسًا، فدل ذلك على أن المراد: ماله بال، وإلا فالعادة تكذبه، وكان عليه السلام[1] يكذبه حينئذٍ. وثانيها: قوله: ما أجد شيئًا بعد قوله عليه السلام: التمس شيئًا، ومعلوم أنه لو التمس ما ذكرناه لوجده. وثالثها: قوله عليه السلام: التمِس ولو خاتمًا من حديد، في معرض المبالغة يقتضي أن ذلك أقل ما يجزىء، ومعلوم أن الخاتم أعظم من أقل ما يتمول، ورابعها: قوله: فالتَمَس فلم يجد شيئًا، ومعلوم أنه يجد ما تقدم ذكرهُ، فدل ذلك على أن المراد بالآية ماله قدر من المال، فيتعين ما ذكرناه، لأنه عضو فيستباح بالمال فوجب ان يقدر ما ذكرناه، كقطع اليد في السرقة، وأما (ح) فوافقنا في المدرَك غير أنه خالف في نصاب السرقة فنجيبه في بابه ان شاء الله.

فرع

قال ابن يونس: إذا تزوجها بغير صداق: قال سحنون: يفسخ بعد الدخول، قال أشهب: ولها بعد البناء والفسخ ثلاثة دراهم، وقال ابن وهب: صداق المِثل لبطلان ما حصل الرضا به، وفي الكتاب: لا يفسخ بعد البناء ولها صداق المثل.

---

(١) (ي)، وكان عليه ثلاثة حينئذٍ.

فرع

قال صاحب المقدمات : استحب العلماء عدم المُغالاة في الصداق ، لأن صداق أزواجه عليه[1] السلام كان خمسمائة درهم لغالبهن مع فرط شرفه وشرفهن.

فرع

في الكتاب[2]: اذا تزوج بدرهمين أو ما يساويهما فسخ، إلا أن يدخل فيجبر على الاتمام، ولا يفسخ للخلاف في هذا الصداق، وقال غيره: يفسخ قبل البناء وبَعده، وان أتم، ولها صداق المثل بعد البناء كمن تزوج بغير صداق، قال ابن القاسم: وإن طلق قبل البناء فلها درهم، لِقولِه تعالى: ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ (البقرة: 237) قال ابن يونس: قال ابن الكاتب: إذا لم يتم فسخ بطلقة، ولا شيء لها إلا نصف الدرهمين، ولاَ غيره، لان التشطير فرع الصحة، ونحن لا نصححه، قال: والصواب: لها نصف الدرهمين، والفسخُ عندنا استحبابا.

وفي الصداق نظران:

النظر الأول: في الصحيح، وفيه أربعةَ عَشَرَ فصلا :

الفصل الأول: فيما يجوز فيه من الغرر، قال ابو الطاهر: والغرر الفاحش ممنوع فيه ابتداء اتفاقًا، فإذا وقع ففي مضيه بالعقد لما يتعلق به

(1) في صحيح مسلم في كتاب النكاح ـ باب الصداق وجواز كونه تعليم قرآن، عن عائشة رضي الله عنها: كان صداق النبي صلى الله عليه وسلم لأزواجه اثنتي عشرة أوقية ونشاً، فذلك خمسمائة. وروى نحوه الترمذي وأبو داود والنسائي في كتب النكاح من سننهن، عن عمر رضي الله عنه.

(2) (د) قال صاحب الكتاب.

من تحريم المصاهرة، أو بالدخول، لأنه فوت له، ويفسخ مطلقا لأنه ليس مالا ، والصداق ركن العقد: ثلاثة أقوال، وفي الفسخ قبل الدخول على الوجوب أو الندب، قولان، وأما غير الفاحش، ففي الكتاب: يجوز على بيت أو خادم غير موصوف، ولها الوسط، والبيت اللائق بها، وعلى شَورة إن كانت معتادة، وفي التنبيهات: الشوار (بفتح الشين: ما يحتاج إليه البيت من المتاع الحسن والشارة والهيئة وحسن الملبس)[1] والشورة بالضم: الحال. وعلى مائة بعير غير موصوفة، ولها الوسط من الأسنان، وليس للزوج دفع القيمة إلا أن ترضى، ووافقنا (ح)، وقال (ش) وابن حنبل: لا يجوز الا بمعلوم موصوف كالبيع، ومتى اطلق النقد أو غيره فهو حالّ، لأنه اصل المعاملات، وإن أظهروا مهرًا وأسروا دونه: فالمعتبر السر إن شهدوا به، لأن اللزوم يتبع الرضا بالبدل، وقال ابن حنبل: لا تعتبر[2] العلانية ولو أظهروها تجملا ، لأنها تسمية في عقد صحيح فتجبُ، وقال (ح): ان خالفت العلانية ما عقد عليه سرًا فالعلانية، إلا أن يشهدا على السر ، فتدل الشهادة على ان زيادة العلانية هزل، قال صاحب البيان: إذا كان الصداق عبدًا ولم يبين أهو من الحُمْر أو من السودان: فلها وسط الأمرين، ولها في الثلاثة رأس من وسط الجنس، ونصف قيمة الآخر يوم وقع العقد نفيًا للشركة في الرقيق، قال ابن القاسم: والأشبه: الشركة ، قال ابن يونس: قال ابو محمد : إن تزوجها على أن يبني لها بيتًا وهي بقعة معينة في ملكه، ووصف الطول والعرض والبناء جاز، وان كانت مضمونة فلا ، لفرط الغَرَر،[3] قال محمد: ولها الأغلب من رقيق البلد ، فإن استوى اعطيت النصف من السودان. والنصف من الحُمران، على قدر قيمة ذلك يوم العقد ، وقال سحنون: لا يجوز على خادم حتى يسمى جنسها فيتعين

---

(1) ما بين القوسين سقط من (ي) .

(2) (د): المعتبر.

(3) (د) العذر.

وسط ذلك الجنس والا فسخ قبل البناء وثبت بعده، ولها صداق المثل، وقال ابن عبد الحكَم: لا يجوز الا على معلوم مقدر كقول (ش)، لنا: قوله[1] عليه السلام: (الصَّداقُ مَا تَراضَى عليه الأهلون).

قاعدة: الغرر والجهالة ثلاثة أقسام: جائز إجماعًا في جملة العقود، كجهالة أساس الدار. وبطن الأجنة. وغرر كون المبيع لا يبقى حتى يقبض، وممنوع إجماعًا في عقود المعاوضات، كالطير في الهواء، أو مختلف فيه كبيع الغائب، والسلَم في الحيوان، أو النكاح على ما بين جنسه لا نوعه، فمن العلماء من يلحقه بالقسم الأول، ومنهم من يلحقه بالثاني.

قاعدة: العقود ثلاثة أقسام: منها ما ينافي مقصوده الجهالة والغرر كالبيع، لأن مقصوده تنمية المال، وهي غير منضبطة مَعَهما، فلذلك امتنعا فيه اجاعًا، ومنها ما لا ينافيان مقصودَه كالهبة، فإن مقصودها الرد وهو حاصلٌ معهما، وكالصلح المقصود به دفع الخصومة، وهي مندفعة بالرضا بما هما فيه، وكالخُلع مقصودُه خلاص المرأة من رق النكاح، وهو حاصل بالرضا بما هما فيه، فلا جَرَم قلنا بجوازهما في هذه الأمور، ومنها ما ينافيانه (من وجه دون وجه، كالنكاح، فمن جهة أن مقصودَهُ المُواصلة لا ينافيانه، ومن جهة أن المالية شرط ينافيانه)[2] فإذا قاس (ش) وابن حنبل على البيع بَطَلَ قياسُه بالفرق، أو رام الإستدلال بالنص فلم يرد إلا في البيع فلا يتناول صورة النزاع، ولو تناولها حتى[3] خصصناها بالفرق

---

(1) رواه البيهقي في (السنن الكبرى 239/7-241) من طرق موقوفاً بأسانيد ضعيفة، ورواه الدارقطني في (السنن 296/3) موقوفاً ولا يصح، ورواه الطبراني في الكبير مرفوعاً. وفيه محمد بن عبد الرحمن البيلماني وهو ضعيف (مجمع الزوائد 280/4) ولكنه بلفظ: انكحوا الأيامى على ما يرضى به الأهلون ولو قبضة من اراك وانظر: (الروض النضير في شرح مجموع الفقه الكبير) للسياغي (8/4).

(2) ما بين القوسين سقط من (ي).

(3) (حتى) سقطت من (د).

المذكور، ولهذا التقدير جوزنا منها في الخلع ما لا يجوز في النكاح.

فائدة: الغرر هو القابل للحُصول وعدمه قَبولا متقاربًا، وان كان معلوما، كالآبق اذا كانا يعرِفانه، والمجهول: هو الذي لا تعلم صفته، وان كان مقطوعًا بحصوله كالمعاقدة على ما في الكم، وقد يجتمعان كالآبق المجهول، فلا يُعتقد أن المجهول والغرر متساويان، بل كل واحد منهما أعم وأخص من وجه.

تنبيه: الغرر، سبعة اقسام، في الموجود، كالآبق، والحصول، كالطائر في الهواء، والجنس، كسلعة لم يسمها، والنوع، كعبد لم يعين نوعه، والمقدار، ما تصِل إليه رمية الحجَر، والتعيين، كثوب من ثوبين مختلفين، والبقاء، كالثمرة[1] قبل بدو صلاحها.

الفصل الثاني: في ضمانه، وفي الكتاب: اذا زوج ابنته وضمن الصداق لزمه، ولا يرجع به الأب على الزوج، وان مات أخذته من رأس المال، وان لم يترك شيئًا فلا شيء على الزوج، وفاء بالشرط، فإن لم يدخل بها منعت نفسها حتى يدفع الصداق، لأن بُضعَها بيدها، وكذلك لو ضمنه أجنبي عن الزوج، وكذلك كل من وعد بشيء وادخل الموعود له في أمر بسبب وعده.

قال ابن يونس: قال مالك: اذا طلق الإبن قبل البناء وقد ضمن عنه الأب، رجع النصف للأب ولا يأخذه الابن، لأنه إنما التَزَم ما يلزمه لأنه وهبه[2]، قال ابن حبيب: وان ظهر فساد النكاح رجعت جملته للأب،[3] ولو تفادى[4] الزوجان قبل البناء على المتاركة والعقد صحيح: رجع الأب

---

(1) (ي): كالثمرة التي لم يبد صلاحُها.

(2) (ي): ما يلزمه... وهب.

(3) (ي): للإبن.

(4) (د) ولو تفادى الأب الزوجان.

بما ودى وسقط عنه إن لم يؤد قاله ابن القاسم، وقال عبد الملك: يرجع الزوج بنصف ما وجب له بالطلاق، كما لو بارأها بعد البناء على رد الجميع، وقال عبد الرحمن بن عوف: العطايا في عقد النكاح لا تفتقر إلى القبض، ولا تبطل بموت المعطي، لأنها معاوضة، وإن طلق الزوج بعد البناء أو مات لا ترجع إلى المعطي، وقيل: ترجع العَطايا للأب اذا فسخ النكاح قبل البناء كتحمل الصداق، وصورة العطايا: قوله: تزوج ابنتي وأنا اعطيها كذا (او ابني، وانا اعطيه كذا)[1] وفي الجواهر: الصداق مضمون على الزوج إن كان فيه حق توفيته، والا فلا كالبيع، وحكمه في التلف والتعييب وفوات المنافع وتوفيتها بالشفعة حكم البيع.

فرع

في الكتاب: اذا زوج اليتيمة البكر وليها بأمرها وقبض صداقها لم يجز قبضه عليها إلا أن يكون وصيًا، فإن الولي لم يجعل له الشرع أمر المال، واذا قبضه الأب للثيب[2] بغير اذنها ضمنه، لأنه متعد في القبض بغير وكالة، كما لو قَبض دُيونها فلَها الرجوع على الغريم، قال ابن يونس: قال ابن حبيب: إذا قبضه الأب باقتضاء من الزوج ضمن، وان كان الزوج ارسل الأب به لم يضمن لأنه وكيل للزوج، وأما قبضه للبكر بالبينة وتضيعه الابنة فلا شيء عليه ولا على الزوج، أو بغير بينة فعلى الزوج دفع الصداق ثانية سدًا للذريعة في النكاح بغير صداق، ولا شيء للزوج على الأب لتفريطه، قاله أشهب، وقال ابن القاسم: إذا أقر الأب بقبضه وضاع ولا بينة على الزوج، صدق الأب ولا شيء عَلَى الزوج، لأن الأب له قبضه بغير وكالة، قال صاحب البيان: إن قال الأب: جهزتُها به

(1) ما بين القوسين سقط من (د).

(2) (د) للإبنة.

وأنكرت، حَلَف وبَرىء إلا أن تكون قريبة الدخول، وتكذبه قرينة العُرف، ولو ادعى تجهيزها بإرث أمها أو غير ذلك وأنكرت لما كان القول قوله، لأن في التجهيز بالمهر عادة بخلاف غيره، والأصل: بقاؤه في ذمته، ولو ادَّعى أن بعض ما جهَّزَها به عارية صُدّق بشرطين: حدثان البناء، وبقاء ما يجهز به مثلها مع يمينه، وهذا في الأب خاصة في البكر، وهو في الثيب كالأجنبي إلا أن تكون في ولايته، والوصيُّ كالأب، وروي عن ابن القاسم: لا يُقبل قول الأب إلا ببينة والأول المشهور.

فرع

قال أشهب: اذا أقر في مرضه بقبض صداق ابنته، أخذ من ماله ان كان الزوجُ مُوسِرًا والا فلا، لأنه يتَّهم بالوصية لها.

فرع

قال: اذا قبض السيد الصداق ثم فلس فباعها السلطان عليه فاشتراها الزوج قبل البناء رَجَع على السيِّد بنصف الصداق، لأنه اشتراها عالماً[1] بتحريمها بالشراء، فهو كالمطلق قبل البناء، ولو اشْتَرَاهَا[2] من السلطان غيرَ عالم بأنها امرأته رَجَع بجميعه على السيد، بخلاف اذا باعها السيد منه، لا شيء له إذا كان عالماً، لأن السيد لما كان أملك بالبيع غلب امره على أمر الزوج، فكأن الفسخ جاء من قِبَله، ولو باعها لمن اشتراها للزوج وهو لا يعلم فهو كبيع السلطان، له نصف الصداق، وقال عيسى: بيع السلطان كبيع السيد يرجع بجميع الصداق، قال: وهو بعيد.

---

(1) (ي): عالم.

(2) (د) اشترى بها.

فرع

قال صاحب النكَت: اذا قبضته في النكاح الفاسد في عقده، وفسخ قبل البناء وبعد تلفه لم تَضمنه كالنكاح الصحيح، بخلاف الفاسد في الصداق فإنها تضمن، لأنه لو[1] دَخَل بها كان لها صداق المثل والفاسد[2] في عقده لها عين ذلك الصداق فأشبه الصحيح، قال صاحب البيان: المرأة ضامنة المعين[3] وما يغلب عليه من العُروض، إلا أن تقوم البينة على تلفه كالعارية، وعلى القول بان الغلات[4] تختصّ بها تضمن وان قامت البينة، وما يُغَاب عليه وما لا يغاب عليه، وروي عن مالك.

الفصل الثالث: في هبته، وفي الكتاب: اذا وهبته للزوج بعد القبض أو قبله، وهي نافذة التصرف، فلا رجوع لها، أو بعضه فلها نصف ما بقي، أو لأجنبي قبل القبض نفذت الهبة ان حملها ثلثها، وان زاد على الثلث بَطَلَ الجميع، لأن المرأة محجورٌ عليها بسبب الزوج في مالها إلا في الثلث، فيكون هذا التصرف باطلاً إلا أن يُجيزه الزوج، وإن لم يقبضه الموهوب له حتى طلقت موسرة قبل البناء أخذه من الزوج لذهاب الحجر، ورجع الزوج عليها بنصفه، أو مُعسرة حبس الزوجُ نصفَه ودفع نصفه، ولو قبضه كله قبل الطلاق لم يرجع الزوج بشيء كانت مُوسرة يوم الهبة او مُعْسرة او الآن، ويتبعها الزوج بنصفه كما لو هلك بسببها عندها، وقال غيره: إن كانت موسرة يوم الهبة ولم تقبضه حتى طلقت لم ينظر لعُسرها يوم الطلاق، ويدفعه الزوج للموهوب، ويتبعها بنصفه نظرًا الى حالة

(1) (لو) سقطت من (ي) ولا بد منها.

(2) (و) سقطت من (ي) ولا بد منها.

(3) (ذ) للعين.

(4) (ي): الغلاق.

التصرف، وقال ابن يونس في كتاب محمد: اذا وهبته لزوجها قبل البناء لا يدخل بها حتى يعطيها ربع دينار، ليلا يعرى البُضعُ من الصداق؛ أو بعد البناء فلا شيء لأحدهما على الآخر، قال صاحب النكت: اذا لم يقبضه حتى طلق الزوج وروعي[1] عسرُها ويسرُها يوم الطلاق، ولا ينظر الى ثلثها إن كانتْ حاملا، وانما يراعى عسرها بذلك القدر فقط لزوالها عن عصمة الزوج، وعلى قول الغير في اعتبار يسرها يوم الهبة: ينظر الى الثلث لأنه وقت للتزويج[2] وفي الجواهر: اذا وهبته جملته ثم طلقها قبل البناء لم يرجع عليها بشيء، كأنها عجلت إليه ما تستحقه بالطلاق، واذا وهبته لأجنبي وقبضه ورجع الزوج عليها، فهل يرجع على الموهوب كواهب المستحق أم لا؟ لأنها وهبت وهي عالمة بتوقع الارتجاع، وكما أنّها لا تنقض البيع، فكذلك هاهنا، وان لم يقبضه الموهوب له حتى طلقت أجبرت على الإقباض إن كانت موسرة يوم الطلاق، لأنها قادرة على تعويض الزوج، ولا تجبر إن كانت مُعْسرة يوم الهبة والطلاق، (فان كانت موسرة يوم الهبة معسرة يوم الطلاق)[3]: قال ابن القاسم: تجبر، وقال غيره: لا تجبر، وهو على الخلاف في استقرار ملكها، ولو خا لعته قبل البناء بنصفه كان لها نصف ما بقي، أو جملته فلا شيء لها، وكذلك عن غيره، لأن المخالعة بغيره دليل على إسقاطه، وترده ان كانت قبضته، وقال أصبغ: ان قبضته فلا، لأنه من جملة أموالها إلا أن يشترط رده، أو بما أقل من الصداق رَجَعت بنصف الصداق.

(1) (ي): وروي، وهو تصحيف.

(2) (د) الزوجية.

(3) ما بين القوسين سقط من (د).

فرع

قال اللخمي: إن تزوجته على ان يَهَب عبده لفلان فطلق قبل البناء رَجَع على الموهوب له بنصفه إن كان قائمًا، وان هلك فنصف قيمته عند أشهب ولا شيء عليه عند محمد، لأنه لو هلك بيد المرأة سقط، وإن حدث به عيب أخذ نصفه معيبًا، وإن باعه الموهوب بنصف الثمن أو أعتقه أو وهبه عالماً بأنه صداق، فنصف قيمته يوم التصرف وإلا فَلاَ شيء عليه، ولا يرد العتق لأنه مكن من ذلك، واستحسن رد الهبة، وإن كان طعامًا أكله أو ثوبا لَبسه للتهمة في العادة.

فرع

قال ابن يونس: قال ابن القاسم: من تزوج بكرًا بمائة فأعطتها من عندها فعلم الأب ثبت النكاح لوجود التسمية، ويردها، ومن أعطته امرأة مالاً على ان يتزوجها إن كانت ثيبا وزادها ربع دينار على عطيتها جاز، أو بكرًا ولم يَبْن بها، فإن أتم الصداق والا فسخ، او بنى فصداقُ المثل، ثم رجع فقال: لا يفسخ بنَى أم لا، ويعطي البكر من ماله مثل عطيتها، ويزيد الثيبَ رُبع دينار، وأما رد المهر إلى الزوج: فقال أبو عمران: هو نكاح وسَلَف لا يجوز ان وقعت العيبة على النقد، وان لم يعب واشترط ذلك كان العقد صحيحا، واذا فسد ثبت بعد البناء وفسخ قبله، لأن فساده في صداقه ولها صداق المثل.

الفصل الرابع: في التغيُّرات[1] الواردة عليه، في الجواهر: اذا تغير قبل الطلاق بزيادة أو نقص او بزيادة من وجه ونقصان من وجه، فالزيادة

---

(١) (د) التعبيران

عليها والنقصان عليها، لأنها شريكان، وقيل: للمرأة وعليها، لأن الأصل عدم الطلاق المشطر، وهو على الخلاف في استقرار ملكها على الكل، وعدم استقراره، وفي **الكتاب**: كلُّ ما هو معين فقبضته أم لا، فَحَالَ سُوقُه أو نقص بدنُه أو نَمَى أو تَوالَدَ، ثم طلق قبل البناء فله نصف ما وجد عند الطلاق، ولو هلك بيدها لم يرجع بشيء، أو بيده بنَى من غير شيء، وما يغاب عليه إذا هلك ضمنه إلا أن يعلم ذلك فيكون منها، ومن أهلك شيئا ضمنه لصاحبه، ومن أنفق شيئًا حُوسب به، وان جنَى على العبد فالجناية بينهما، ولو جَنَى بيدها خيرت في افتدائه، فإن فَدته لا يأخذ الزوج نصفه إلا بدفع نصف الفدْية، أو أسلمته فلا شيء للزوج إلا ان يحابي فتبطل محاباتها في نصف الزوج، ولو جنَى بيده فليس له دفعُه بل للمرأة، فإنَّ ملكها هو الأصل بعد العقد، فان طلقها قبل تسليمه كان مثلها في نصفه، فقال ابن يونس: واذا ادَّعت تلفَه صُدقت فيما يصدق فيه المستعيرُ مع يمينها، قاله ابن القاسم، وقال اصبغ: تضمن العين، وان قامت بينة بهلاكِها بغير تفريط لأنها لا تتعين، واذا ادَّعت التلف فليس له مطالبتها بالشوار من مالها، لأن ذلك انما يلزم في الصداق بالعادة، وقال عبد الملك: يلزمها ذلك إلا أن تَقوم البينةُ[1]، وفي **الكتاب**: اذا استحق بعضه، وفي الزام باقيه ضرر كالرقيق يمنع الشركة من الوطء والسفر فلها رده وأخذ قيمته أو تحبس البقية وتأخذ قيمة المستحق، فإن كان تافِها وما لا يضر، رجعت بقيمته فقط إلا في الرقيق فلها الرد وان قل، فإن استحق البعض فكالبيوع في التفرقة بين الجزء الشائع وبين المعيّن، قال ابن يونس: قال ابن القاسم: اذا استحقت جملته فالنكاح ثابت، وأتبعته بمثله ان كان مثليًا، او بقمته ان كان متقومًا، وإن كان لم يدخل[2] تلوم السلطان

---

(1) (د): السنة.

(2) (ي).. لم يدخل لم يلزم السلطان له.

له، فإن جاء به والا فرق بينهما، قال أصبغ: إن دَخَل مُنع حتى يدفع ولو رُبع دينار، أو بقي دون الاستحقاق ربع دينار، وقال محمد: ان كان استعارة أو سرقة حيل بينهما، وان دَخَلَ حتى يدفع جملة المهر، وان تقدمت له فيه شبهة مِلك اتبعته به، ولا يفرق بينهما، لأنه لم يدخل على عدم الصداق، ولو تزوج بعبد ولده الصغير فهو للمرأة ان كان الأب معدمًا اتبع[1] به في ذمته قاله ملك، كشرائه لنفسه، وكعتقه عن نفسه.

فرع

في الجلاب: اذا تزوجها بعبد معيَّن فكان حرًا فعليه قيمتُه عند ابن القاسم، لأنه من ذوات القيَم، وصداق مثلها عند عبد الملك، لِخُلُو العقد عن الصداق، لأن الحر ليس بمال، وقال ابن القاسم في العتبية: زادت القيمة عن صداق المثل أو أقل، ولا يفسخ النكاح تَعَمد أم لا، وقال عبد الملك: يفسخ النكاح قبل البناء ويثبت بعده، وان لم يعلما جميعا لم يفسخ، قال اللخمي: ولو قيل: لها الأقلُّ من قيمته أو صداق المثل لكان وجهًا، لرضاها بالعبد الا ان يعلم انها لو تزوجت بدنانير أو دراهِمَ لم ترض إلا بما يكون قيمة العبد.

فرع

قال: فإن تزوجها على من يعتق عليها، عتق بالعقد، فإن طلق رَجَع بقيمته كانت موسرة أو معسرة، لأنه دَخَلَ على ذلك، ولا يتبع العبد بشيء لأن الشرع أعتقه، ولا يرد عتقه، كمعْسر أعتق بعلم غريمه، والزوج كان عالمًا، وقد استحسن أيضا مالك أن لا يرجع عليها بشيء، لأنها لم

---

(١) (ي): اتبعه به.

تنتفع بمال، قال: والأول أحسن، لأنها احسنت بصداقها لقرابتها، قال ابن يونس: ان لم يَعلم الزوج أنه يعتق عليها الا عند الطلاق أخذ نصفه وعتق نصفه إن كانت معْسرة، إلا أن يرضى باتباعها فيعتق كله، ولو كان عالمًا وهي غير عالمة عتق عليه، وغرم قيمته كالمقارض يشتري من يعتق على رب المال عالمًا، وقال ايضا: يعتق عليها علمت أم لا لوجود سبب عتقه وهو ملكها بكرًا كانت أو ثيبًا، ويرجع عليها قبل البناء بنصف قيمته يومَ أصدقها، فإن لم يجد لها غيرَه وكان علم فليس له رد العتق، لأنه دخل عليه واتبعها، والا فلَه أخذُ نصفه واتباعُها، وقيل في مسألة الكتاب: إنما يصح ذلك في الثيب، أما في البكر فلا يجوز للولي ذلك، لأنه ضرر، قال عبد الملك: فإن تزوجها على ان يعتق لها أباها فالنكاح مفسوخ، لعدم الصداق، أو عَلَى أن يعتقه عنها، فَالوَلاء لها، ولا شيء عليها، لأنها لم تملكه، وان كان على ان يعتقه عن نفسه فَالْوَلاءُ له، ويفسخ في الوجهين قبل البناء لعدم الصداق المعتبر، ويثبتُ بعده، ولها صداق المثل، قال صاحب **البيان**: إذا تزوجها على عتق أبيها على نفسه (ثلاثة اقوال: جوازه ان قال: عن نفسه)[1] أو عنها، لمالك، ولا يجوز لا عن نفسه ولا عنها، لعبد الملك، وقال ابن القاسم عن نفسه لا يجوز النكاح، وعنها يجوز، فإن لم يكن في ملكه: فالمعروف لمالك عدمُ الجواز للغرَر،[2] وروي: الجواز، وجواز[3] النكاح ان لم يملكه ولا لها ولاؤه حيث لا يكون لها الولاء[4] لأنه مال من ماله بعد الشراء، ولو قالت: أعطيك مالا وتعتقه جاز.

الفصل الخامس: في التصرفات فيه. في **الكتاب**: لو وهبته بعد القبض وهي جائزة الأمر فطلق قبل البناء رجع بنصف قيمته يوم الهبة لأنه يوم

---

(1) ما بين القوسين سقط من (د).

(2) (ي): للضرر.

(3) (ي): وجوز النكاح وان لم يملكه.

(4) (ي): ولاء.

الإتلاف، وقال غيره: يوم القبض لأنه يوم الضمان، قال ابن القاسم: ولو اعتقت العبد غرمت نصف قيمته يوم العتق موسرة أو معسرة، وينفذ العتق إذا[1] علم الزوج أنه رضي، وإلا فلو قام فله رده إن زاد على ثلثها، ولم يعتق منه شيء كهبة أكثر من الثلث، فإن طلق قبل البناء فله نصفُه، ويعتق عليها نصفه، لأن كل عتق رد للحجر ينفذ عند زواله، قال ابن يونس: قال عبد الملك: عليها إذا أعتقته قيمتُه يوم القَبض، وقال أشهب: لا يعتق منه شيء إذا طلق قبل البناء لرد الزوج العتق اولا، وقال ابن القاسم: يعتق ثلثه وان كره الزوج.

فرع

قال أصبغ: لو اشترت بالعين الجهاز المعروف فتَلف لم تضمن، لإذن العرف في ذلك، قال مالك: ولها ان تأكل من صداقها بالمعروف وتكتسي، وفي الكتاب: اذا اشترت به مالا يصلح للجهاز فطلقها قبل البناء فلَه نصف المشترى لأنه أذن في الشراء عرفا، وان اشترت بغيره رجع بنصف الصداق دون المشترى، إلا ان تكون العادة شراءه للجهاز فله نصفُه للعادة في طلب ذلك من الزوجات فهي متصرفة بوكالته، وليس للمرأة امساكُه ودفع نصف الصداق، قال اللخمي: هل تؤمر بأن تتشور بصداق العين أو تصنع به ما شاءت كثمن المبيع؟ قولان لمالك، أما إن كان دارًا أو عبدا أو ما يؤكل أو يوزن، فليس عليها بيعُه حتى تتشور به، ويأتي الزوجُ بما تحتاج إليه إلا أن تكون ثم عادة فيجري الخلاف المتقدم، فإن كان يزاد في الصداق لذلك أجْبر الأب عليه.

---

(١) (ي): ان اعلم الزوج لأنه رضى.

فرع

قال ابن يونس: لو انفقت على عبد في صناعة نفقة عظيمة، أو تأديب الجارية لم يرجع بشيء، بخلاف ما فيه حياة العبد من طعام وشراب، لأنها أنفقت لغرضها، وقال ابن حبيب: ترجع لأنه تصرف مأذون فيه، ولو باعته بمحاباة رَجَع بنصف المُحاباةِ.

الفصل السادس: في زيادة الزوج بعد التقدير، وفي **الكتاب:** اذا زادها ولم تقبضه حتى مات أو طلق قبل البناء فلها نصف الزيادة في الطلاق دون الموت، لفوات القبض في الحياة، قال ابن يونس، قال الأبهري: القياس: وجوبُها في الموت، لأنها مهر لا هِبَة، والا لما استحق نصفها بالطلاق، قال اللخمي: ولو زادها ولم يلحقها بالصداق وطلق قبل البناء لم يكن لها شيء، لأنها هبة لَهَا حكمُ الهِبات، وقال (ح) وابن حنبل: الزيادة بعد العقد لازمة، لأنه زمن يعوض فيه للمعوضة، ومنع (ش) قياسًا على البيع، وأسقط (ح) الزيادة بالطلاق، وفي **الجلاب:** اذا اشترط وليها مع الصداق كسوة أو غيرها: فحكمُه حكمُ الصداق قبل الدخول أو بعده، في التشطير لما في مسلم[1]: قال عليه السلام: **(أحق الشروط أن توفي ما استحللتُم به الفروج)** فإن أهدى إليها او لأهلها هدية أو صنع معروفًا فلا رجعة له فيه إن طلق قبل البناء لأنه تبرع، قال صاحب **البيان:** ان كانت الهدية لولي المرأة عند الخطبة قبل العقد: إن تم العقد فهي للمرأة، والا رجع بها الزوج على الولي، أو عند العقد وشُرطت فكالصداق، ويتشَطَّر بالطلاق، قال ابن حبيب: ولو ترك ذلك لوليها ثم طلقت رَجَع الزوج بالنصف عليه، ولم يكن كهبة الصداق، لأنه كالعقد على هبة عبد

(1) البخاري في النكاح، باب الشروط في النكاح، ومسلم في النكاح، باب الوفاء بالشرط في النكاح، عن عقبة بن عامر.

لفلان، وما كان بعد العقد بغير شرط فللولي المهدى له، لقوله[1] عليه السلام: (أيُّما امرأة نكحت على صَداق أو حِبَاء أَوْ عِدَة قبل عصمة النكاح فهو لها، وما كان بعد عصمة النكاح فهو لمن أعطي له، وأحق ما أكرم عليه الرجل ابنته أو أختهُ) أخرجه ابو داود، فلو دَفع لهم عَيناً وأشهد أنها عارِية نفعه الإشهاد إن لم يقل: هو هدية، ويأخذه ولا شيء عليهم في امتهانه، وإن زاد على امتهان العواري، إذا لم يعلموا، وإن ضاع لزمهم، إلا ان تكون بينة على الذهاب كالعواري، قاله سحنون، وقال ابن القاسم: لا يضمنونه، لأنهم لم يَلْتَزموا ضمانه، قال: وقول ابن القاسم: القياس، فلو صَرَّحَ بأنه هدية لم ينفع الإشهاد، فإن كان العرف الهدية لم ينفعه الإشهاد في السِّر، لأن الإشهاد لا يبطل الحق على القول بالقضاء بالعُرف، وللمالك فيه قولان، واذا أهدى للتي ملك عليها هدية فلا رجوع، وان طلق فإن فرق بينهما لعدم النفقة: قال ابن القاسم: لا رجوع على أصله انه طلاق يوجب نصف الصداق، وعلى رأي ابن نافع في كونه فسخاً كالعيوب يكون لها الرجوع إن كانت قائمة، فإن ظهر فساد النكاح فرق بينهما قبل البناء، قال ابن القاسم: ترجع إن كانت قائمة، لأن سبب إهدائها بطل، ولو ردَّها بالعيب قبل البناء رَجَع، ولا رجوع بعد الدخول (اتفاقا إلا ان يكون بعد الدخول)[2] والفسخ بحدثان ذلك، وهذا كله في هدية التطوع من غير عرف، وأما المشترطة فكالصداق، وذات العُرف كذلك عند ابن حبيب على القول بالقضاء بالعُرف، ويرجع بنصفها في الطلاق، وأبطلها مالك عن الزوج بالموت والطلاق.

(1) ابو داود في النكاح، باب في الرجل يدخل بامرأته قبل ان ينقدها شيئا، والنسائي وأحمد في (المسند رقم: 6709) عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، وهو حسن.

(2) ما بين القوسين سقط من (د).

الفصل السابع: في التفويض، وهو الصداق المسكوت عنه، وهو جائز عندنا وعند الأئمة، لقوله تعالى: ﴿لاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسّوهُنَّ أوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ (البقرة 236) فشرع الطلاق حالة عدم الفرض، وهو دليل صحة النكاح. قال اللخمي: نكاح التفويض ثلاثة: جائز، وهو التفويض الى الزوج (او عقد على غير صداق، وفاسد، وهو دخولها على دفع الخيار بأي شيء فرض، ومختلف فيه، وهو التفويض إلى الزوجة)[1] أو وليها أو أجنبي أو يقول: تزوجتك على حكمي أو حكمك أو حكم وليك أو حكم فلان، فيمتنع ابتداء، فإن نزل مضى، وقيل: يفسخ إلا أن يدخل وقال عبد الملك: يجوز على حكمه، لأنه أصل التفويض دون حكمها، واذا قلنا بامضائه فثلاثة أقوال، قال ابن القاسم: الفرض يرجع إلى الزوج سواء جُعل الحكم له أو لغيره، ورافقه أشهب إلا ان يكون الأمر بيَدِهَا فلا يلزمُها صداقُ المثل، وقال ابن القاسم: لا بُد من الرّضا من الجهتين وإلاَّ فُرق[2] بينها، واتفقت الأقوال إذا كان الأمر إلى الأجنبي أن لا يلزم الزوج فرضها ولا فرضه.

تفريع: في الكتاب: نكاح التفويض جائز، وان بنى بها فلها مهر مثلها في المال والجمال، وفي الجواهر: المعتبر فيه: الدين والجمال والحسب والمال. والأزمنة والبلدان فيها[3] اختلاف الرغبات، وعند (ش) وابن حنبل: يعتبر نساء عصبتها، وعند (ح): نساء العشيرة العصبة وغيرها، وهو غير معتبر عندنا، بل نعتبر هذه الصفات، وان خرجت بها عمن ذكروه، وعندهم لا يخرج عنهن، قال صاحب البيان: يعتبر مع الصفات الأربع

---

(1) ما بين القوسين سقط من (د).

(2) (ي): ولا فرق، وهو تحريف.

(3) (د) لأنها.

نساء قومها من جهة أبيها دون أمها غير مقتصر عليهن، لنا: قوله[1] عليه السلام: (تُنكح المرأة لأربع، لمالها ولحسبها ولجمالها ولدِينها، فاظفر بذاتِ الدِّين تربت يَدَاك) فذكَر عليه السلام متعلّق الرغبات، وهي مناط صداق المثل، كقيم المتلفات، وفي الكتاب: يعتبر حال الرجل ايضا في ذلك، لأن العادة التخفيف عن الصالح والتثقيل على الطالح، وليس له البناء حتى يفرض صداق المثل، إلا ان ترضى بدونه او يطلق، لأنها كالبائع في السلعة لا يجب عليه تسليمها حتى يقبض الثمن، وان طلق بعد الرضا قبل البناء فنصف ما رضيا به لقوله تعالى: ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ (البقرة: 237)، (ولأن الفرض بعد العقد يلحق بالعقد، فوجب أن ينصف بالطلاق كالمقترن بالعقد، وقال:[2] لا ينصف بالطلاق لأنه لم يجب بالعقد)[3] وان فرض في مرضه لا يجوز لأنه إخراج المال لا يجب إلا أن يطأها في مرضه، فيكون من رأس المال صداق المثل، والزائد عليه يبطل، قال ابن يونس: قال مالك: إلا أن تكون ذمية فلها الزائد في ثلثه لأنها غير وارثة، قال محمد: والأمة كذلك، وقال عبد الملك: لا شيء لها اذا سَمّى ولم يدخُل ثم مات من مرضه، لأنه لم يسم إلا للمصاب ولم تصب، وروي عن ابن القاسم: إن سمى للحرة المسلمة فماتت وصحّ هو لزمته التسمية، وكرهه أصبغ، لأنه كان باطلا في أصله، ولو مات الزوج قبل البناء والفرض: فلها الميراث، لأنها زوجة، والمتعة لعدم الصداق دون الإصداق، لأن الأصل أن لا تستحق المرأة شيئًا حتى تسلم بُضعها: ولم تسلم ورد[4] النص في المفروض بقي ما عداه على الأصل، وقاله ابن عُمر خلافًا لابن مسعود، قال ابن حبيب: ولا يخلو بها حتى يعطي ربع دينار، فإن

(1) البخاري في النكاح، باب الأكفاء في الدين، ومسلم في الرضاع، باب استحباب نكاح ذات الدين، عن ابي هريرة.

(2) بياض في (د).

(3) ما بين القوسين سقط من (ي).

(4) كذا ولعل صواب العبارة: وان لم تسلم ورد النصف في المفروض...

مسها ثم طلق لزمه الصداق، قال ابن القاسم: ولو قال: لها صداق مثلها ثم طلق فلها نصفُه، لأن ذلك فرض، قال محمد: وان عَقَد على عشرين نقداً وبقية المهر تفويضاً ففرض ولم يرض به، لأنه أقل من صداق المثل ففارق، فله أخذ العشرين لعدم استقرارها مهرا.

فرع

في الكتاب: إذا رضيت الثيب بأقلّ من صداق مثلها فلا قول لِوَلِيِّها، ولا يُعتبر رضا البكر ولو وافقها الولي الا الأب للحجر عليها، إلا أن يكون ذلك نظراً فيعتبر رضاها، ومهما فرض صداق المثل لزم قبوله قبل البناء وبعده، وقال غيره: ليس لأب ولا وصي التنقيص من صداق المثل بعد البناء، لتعينه لها، قال ابن القاسم: ولا يجوز وضعها عن الزوج بعد الطلاق وقبل البناء، وانما يجوز ذلك للأب وحده، وقيل: يجوز وضعها، إذ لا ولاية عليها حينئذ.

فرع

في الجواهر: اذا رَضيت السَّفيهة بدون صداق المثل، وهي غير مولى عليها، ففي جوازه قولان، أو مولّى عليها - وهو نظرٌ - صحَّ رِضَا الولي به قبل الدخول، وان كان بعده ففي صحة رِضَا الولي به أقوال: ثالثها: التفرقة فتصح في حق ذات الأب لشَفَقَته دون غيره، وللمرأة طلب الفرض لتقدير التشطير، وفي الواضحة: إن طلبت النقد قبل البناء وأبى الزوج الا عند البناء فذلك له، إلا ان تُريد تعجيل البناء، ويجوز اثبات الأجل في المفروض، ولو أبرأت قبل الفرض يخرج على الفرض عمَّا لَم يجب، وجرى بسبب وجوبه، ولو فرض لها خمرٌ أُلغي ولم يؤثر في التشطير.

فرع

في الكتاب: اذا تزوجها عَلَى حكمه أو حكمها أو حكم فلان جاز، لأنه تفويض، وقال (ح): لا يجوز لأنه جهالة، وقد كان ابن القاسم يكرهه، ثم رجع، قال ابن يونس: قال ابن القاسم: لا يلزمها صداق المثل اذا لم يبن بها إذا تزوجها على حكمها، وروي في الكتاب: يلزمها، قال[1] ابو محمد: ولو فرضت صداق المثل لا يلزم الزوج إلا أن يرضى، بخلاف الزوجة يفرض لها الزوجُ صداقَ المِثل كواهِب السلعة إذا اعطى قيمتها، ولا يلزم الموهوب القيمة، وأما تحكيم فلان يفرض صداق المثل لازم لهما، لأنه كالحاكم، وقال اللخمي: إذا فرض الزوج أقل فرض والوصي والزوجة، جاز، أو أحدهما لا يلزم لقصور الوصي عن الأب، قال: وأرى اعتبار رِضَا الوصي لأنه ناظر في المال، ومتى كان الفرض في المرض كان لها بعد البناء الأقل من المسمّى وصداق المثل في رأس المال.

فرع

في الجواهر: الوطء في النكاح الفاسد يوجب مهر المثل باعتبار يوم الوطء لأنه يوم الاستيفاء[2] لا يوم العقد، وكذلك الوطء بالشبهة، واذا اتحدت الشبهة اتّحد المهر، وان وطىء مرارا، واذا لم تكن شبهة كوطأة الزاني المكره وجب بكل وطء مهر، لأن كل وطأة لو كانت بعد عقد أوجبت مهرَ المثل أو المسمى، ولما نزلت[3] الشبهة منزلة العقد (ولا

(1) (ي): محمد.

(2) (ي): الاستبقاء، وهو تصحيف.

(3) (د) ولما تنزلت التسمية... ولعله الصواب.

العقد)[1] لا يتكرر فيه الصداق فلا يتكرر فيها.

تنبيه: لو اتحدت الشبهة واختلفت أحوال الموطوءة بالغنى والفقر، والصحة والسقم مما يوجب اختلاف صداق المثل في تلك الأحوال: فهل يخيرها في صداق المثل بين الوطأة الأولى أو الأخيرة أو الوسطى؟ لأن ذلك قد يزيد لها في صداقها، او يحتم عليها الحالة المقارنة للوطأة الأولى، ولم أر[2] فيه نقلا للأصحاب، وظاهر أقوالهم تعيينُ الحالة الأولى كيف كانت، وقال الشافعية: تأخذ صداق المثل باعتبار أفضل الحالات، ويسقط ما عداها، لأن الوطآت كلها منافعها فلها الأخذ بأيّها أحبت.

الفصل الثامن: في العفو عنه، قال الله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ (البقرة، 237) أي لهن، ثم قال: ﴿إِلاَّ أَنْ يَعْفُونَ﴾ أي يعفو النساء الرشيدات عن النصف فيسقط، وهو متفق عليه، ثم قال: ﴿أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ﴾ قال مالك: هو الأب في ابنته، والسيد في أمته، وقال الأئمة: وهو الزوج لأنه مروي[3] عنه عليه السلام، ولأن إسقاط الولي مال المولية خلاف الأصل، والجواب عن الأول: أنه ضعيف، سلّمنا صحته، لكن لا نسلم أنه تفسير للآية، بل إخبار عن حال الزوج قبل الطلاق. وعن الثاني: أن حكم الولاية بتصرف الولي بما هو أحسن للمولي عليه، وقد يكون العفو أحسن لاطلاع الولي على ذلك يُرغب فيها مَن في وصلته غبطة عظيمة، ثم الآية تدل لنا من عشرة أوجه: أحدها، أن الاستثناء من النفي اثبات، ومن الإثبات نفي، والمتقدم قبل

---

(1) سقطت من (ي).

(2) (ي): لما أرى فيه، وهو تحريف.

(3) ذكره ابن ابي حاتم في تفسيره معضلا مرفوعا بلفظ: (ولي عقدة النكاح: الزوج)، واسنده ابن مردويه في التفسير من طريق ابن لهيعة به، ورواه ابن جرير في التفسير معضلاً، وهو ضعيف، انظر تفسير ابن كثير في تفسير الآية من سورة البقرة.

إلاَّ إثبات للنصف، فَعَلَى رأينا ينتفي، فتطَّرد القاعدة. وعلى رأيهم: يعفو الزوج فيكمل الصداق، فيكون الاستثناء من الإثبات وهو خلاف القاعدة، وثانيها: الأصل في العطف بِأَوْ التشريك في المعنى لِقوله تعالى: ﴿إلاَّ أَنْ يَعْفُونَ﴾ معناه: الإسقاط، وقوله تعالى: ﴿أَوْ يَعْفُو الذِي﴾ على رأينا للإسقاط، فيحصل التشريك، وعلى رأيهم[1] فيكون قولُنا أرجح، وثالثها: أن المفهوم من قولنا: إلا أن يكون كذا وكذا، تنويع ذلك الكائن إلى شيئين، والتنويع، فرع الاشتراك في المَعْنَى، ولا مشترك بين الإسقاط والإعطاء فحسن تنويعه، وعلى رأينا المتنوع الإسقاط إلى إسقاط المرأة أو الولي، ورابعها: ان العفو ظاهر في الإسقاط وهو ما ذكرناه، وعلى رأيهم يكون التزامُ ما سقط بالطلاق، والتزام ما لم يجب لا يسمى عفواً. وخامسها: ان إقامة الظاهر مقام المضمر خلاف الأصل، فلو كان المرادُ الزوج لقيل: إلا أن يعفون أو تَعفُون عما استحق لكم، فلما عدل إلى الظاهر دل على أن المراد غيرهم، وسادسها: أن المفهوم من قولنا: بيده كذا. أي يتصرف فيه، والزوج لا يتصرف في عقد النكاح، بل كان يتصرف في الحل، والولي الآن هو المتصرف في العقد، فتناوله اللفظ دون الزوج. وسابعها: سلمنا أن الزوج بيده عقدة النكاح، لكن باعتبار ما كان ومضَى، فهو مجاز، والولي بيده الآن، فهو حقيقة، فتُقدم على المجاز، وثامنها: أن المراد بقوله: (إلا أَن يعفون): الرشيدات اتفاقا، اذ المحجورُ عليها لا ينفذ الشرعُ تصرفَها، فالذي يحسُن مقابلتهن بهن: المحجورات على أيدي اوليائهن، اما بالأزواج فلا مناسبة، وتاسعها: أن الخطاب كان مع الأزواج بقوله: (وقد فرضتم) وهو خطاب مشافهة، فلو كانوا مرادين في قوله تعالى: (الذي بيده عقدة النكاح) وهو خطاب غيبة: للزم تغييرُ الكلام من الخطاب إلى الغيبة وهو خلاف الأصل، وعاشرها: ان وجوب الصداق او بعضِه قبل المسيس خلاف الأصل، لأن استحقاق تسليم العوض

(1) (د) لا يكون بقولنا أرجح.

يقتضي بقاء المعوض قابلا للتسليم، أما مع تعذره فلا، فالاستشهاد بشهادة البيع والإجارة بإسقاط الأولياء للنصف على وفق الأصل، وتكميل الزوج على خلافه، وموافقة الأصول أولى.

تفريع: في الكتاب: قال مالك: ولا يجوز ذلك للأب قبل الطلاق (قال ابن القاسم)[1] الا بوجه نظر من عُسْر الزوج أو غيره، ولا يلحق الوصي بالأب، وفي الجلاب: لا عفو ولا تصرف لولي الثيب معها، ولولي البكر المطالبة دون الإسقاط الا بإذنها، وللأب أن يعفو اذا طلقت قبل البناء، لأنه مورد النص دون قبل الطلاق أو بعد الدخول، والفرق: أن استحقاقَه بعد الطلاق قبل الدخول على خلاف الأصل، فسلط الأب عليه اذا رآه نظرًا بخلاف الدخول أو قبل الطلاق لتعيين الاستحقاق، فغلب حق الزوجة.

الفصل التاسع: في التسليم، وفي الكتاب: للمرأة منع نفسها حتى تقبض صداقها قبل البناء، فإن أعسر قبل البناء، ضربت له الأيام أجلا بعد أجل بحسب ما يرجَى من حاله، فإن لم يقدر فرق بينهما، وإن أنفق عليها، وإن أعسر بعد البناء لم يفرق بينهما (واتبعته)[2].

قاعدة: الأعواض في جملة العقود: وسائل، والمعوض فيه: مقصد، والمقاصد أعظم رتبة من الوسائل، فلذلك[3] اذا تنازع المتبايعان أيها سلم قبل صاحبه: فالقول قول البائع، لأنه صاحب المقصد، ومثله المرأة في النكاح، قال ابن يونس: قال ابن حبيب: اذا لم يَجد[4] الصداق ولم يبْن كلف النفقة وفسحَ له في الصداق (الى السنتين، وإن لم يجد النفقة اجل

(1) (قال ابن القاسم) سقطت من (ي).
(2) سقط من (ي).
(3) الاصل: وكذلك. وفي (د): اذ تبايع، وكل ذلك تصحيف.
(4) (د) اذا لحد.

الأشهر إلى السنة، واذا فرق بينهما لعدم الصداق)[1] أو النفقة: قال ابن القاسم: لها نصف الصداق، وقال ابن نافع: إن فرق لعد ، الصداق فلا صَداق لأنه من قبلها، وكذلك ان جُن قبل البناء فلا صداق في الفراق، وفي الكتاب: لها المطالبة بجملة الصداق إن كان مثلُها يُوطأ، وهو بالغ، ولا تكفي قدرتُه على الوطء بخلافها، لأن مقصودَه لا يحصل الا بالإنزال، قال ابو الطاهر: لا يطلق على الزوج بالإعْسار بالصداق بعد الدخول، وللرشيدة المطالبة بالحالّ والمؤجل عند حلوله، ورواية المتقدمين: ذلك لولي السفيهة[2]، ومنعه المتأخرون، لأن العادة تأخيره، قال ابن يونس، قال ابن حبيب: ان اتفقا عَلَى البناء قبل تقديم شيء جاز، وكره مالك أن يدخل حتى يعطي[3] ربع دينار، لأنه حق لله تعالى في إباحة الوطء، قال مالك: لو شرط عليه أن لا يدخلَ لِسنة إن كان غَرِيبًا يُريد السفَر بها وأرادُوا بقاءها عندهم تلك المدة، صح الشرط وإلا بَطَل، ولو منعها اهلها حتى يُسمنُوها فلهم الوسَط من ذلك، ولهم المنع للصغَر[4]، وإن دَعَى وهي رتقاء فإن فارق فالصداق لها إلا أن تعالج نفسها فلها الصداق، ولا تجبر على العلاج لكونه ضَررًا عليها، ولو تجذّمَتْ بعد النكاح حتى لا تجامع فدعته إلى البناء: قيل له: ادفَع الصداق وادخُل أوْ طَلّق، لأن المنع طرأ بعد العقد وليس من قِبَلها، وفي الجواهر: من كانت محبوسة او ممنوعة لعذر لا يلزم تسليم الصداق إلا أن يكون الصداق معينًا كدار أو عبد، لأن ضمان المعيَّن منها، ولو سلمت نفسها وجب التسليم، فإن رجعت سَقَطَ طلبها إلا أن يطأها فيستقر الصداق بالتقاء الختانين مرة، فإن الأحكام

(1) ما بين القوسين سقط من (د).
(2) (د): السفيه.
(3) (د): يقدم.
(4) (د): للصغيرة.

نيطت[1] به، ويمهل لما جرت العوائد به، ولا يمنع[2] لحيض لحصول الاستمتاع معَه.

فرع

قال صاحب البيان: اذا دخل بها قبل القبض أُمر بإعطاء ربُع دينار ولا يلزم الكف، وكره محمد التمادي حتَّى يعطي إن كانت أذنت له في الدخول.

الفصل العاشر: في الخلوة، في الموطأ[3] أن عمر رضي الله عنه قَضَى في المرأة اذا تزوجها الرجل انه اذا أُرخيت الستور فقد وَجَب الصداق، وفي الكتاب: اذا أرخَى الستر ثم طلق فقال: لم أمسها وصدقته، فلها نصف الصداق، وعليها العدة، لأنها حق لله تعالى فلا يسقط بقولها مع وجود مظنته، ولا رجعة له لإقراره، وكذلك إن تصادقا على الوطء دون الفرج، وقال (ح): الخلوة توجب كمال المهر وطىء أم لا، دَعته أم لا، إلا ان يكون مانع كالمرض والإحرام، وعليها العدة، وكذلك قال ابن حنبل، ولو كانت حائضًا أو غير ذلك، إلا ان يكون أعمى[4] لا يتمكن من الاستمتاع بها، لقول عمر رضي الله عنه، وقال (ش): لا تجب العدة ولا يكمل المهر إلا بالوطء لظاهر القرآن، فإن طال مكثها في الاستمتاع فلها جميع الصداق، لأن العذر من قِبله. وقد اخلق شوارها وحصل من الاستمتاع ما يقوم مقام الوطء، وفي الجواهر: اختلف في طول المدة، فقيل: سنة، وقيل: ما يُعد طولا في العادة، وفي الكتاب: قيل: لها نصف

---

(1) (ي): ينكت به، وهو تصحيف.

(2) (د): يمهل... منه، وهو مصحف.

(3) في النكاح، باب ارخاء الستور، عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب الخ.

(4) (ي): عما.

الصداق لعدم الوطء، وان ادَّعت الوطء في دخول البناء كمل الصداق، وقال ابن يونس: قيل: يقبل قول جمله النساء حتى الصغيرة (إذا بلغت الوطء لا كلام في ذلك للأب ولا للوصي، لأنه لا يعرف إلاَّ من النساء فيقبل)[1] قولُهُن كالحيض والسقط، وقال سحنون: لا يقبل قول البكر والأمة في عدم الوطء، بل يكمل الصداق، لعدم قَبول قول المحجور عليه في المال، قال محمد: وعليها اليمين في دَعوى الوطء في دخول الاهتداء، فإن نَكَلت حلف الزوج وعليه نصف الصداق، والخلوة كالشاهد، قال مالك: إن تعلقت[2] به وهي تدمي: فالصداق بغير يمين، لأنها أفضحت نفسها، وذلك عظيم، وقال ايضا: عليها اليمين، والتعلق كالخلوة كالشاهد، وفي الكتاب: اذا خَلاَ بها في بيت أهلها من غير دُخولِ بناء، صُدق في عدم الوطء، ويشطر الصداق، فإن أقر بالوطء كمل الصدَاق واعتدت، ولا رجعة له، فإن الأقارير تقبل على المقرين لا لهم ولا على غيرهم، ولو كان معها نسوة شاهَدنه قَبَّلَ وانْصَرَف، فلا عدة ولا يكمل الصداق، وان أقر بالوطء بعد الطلاق من غير خلوة وكذبته فلا عدة لعدم تحقق سببها. ولها جملة الصداق لإقراره، وإن خَلاَ بها مع نسوة ثم طلقها فادَّعى الوطء وأنكرته فلا عدة، قال ابن يونس: قال مالك: القَولُ قولُ المرأة، خَلاَ بها في بيته أو بيتها، لقول عُمَر رضي الله عنه، وقيل: القول قول الثيب، والبكر ينظُر اليها النساء، فإن رأين افتِضَاضها صُدقت وإلا فَلاَ، قال محمد: الأصل: قَبولُ قَولها في الصداق دون العدة والرجعة، وفي الجواهر: في خلوة الزيارة ثلاثة أقوال: قولُه[3] الزائر منهما وهو المشهور، لأن الزائر يمنعه الحياء.

---

(1) ما بين القوسين سقط من (د).

(2) (ي): نطقت به.

(3) كذا (ي) وفي (د) قولها قول الزائر، ولعل الصواب: قول الزائر.

فرع

قال ابن يونس في كتاب النفقات: قال أبو بكر بنُ عبد الرحمان: اذا فقد غائبًا عن امرأته - وهي بكر -: قال ابن القاسم: لها الصداق كاملا، لأنه لو كان معها وامتنع من الدخول لزمه، وهذا لا اختلافَ فيه، وإنما الخلاف في امرأة المفقود إذا طُلقت بعد الكشف عنه واعتدت عدة الوفاة له[1]. وتأخر كمال الصداق، فإن قدم لاَ يأخذ منها شيئًا عند مالك وابن القاسم، وقيل: ترد نصفه لعدم الدخول وعدم الموت.

فرع

قال صاحب البيان: اذا دَخَل بها غصبًا إن كانت صغيرة صدق وتَشَطر الصداق إلى ان تبلغ فتحلف ويكمل، فإن نَكَلَت لم يحلف الزوج ثانية، وإن نَكَلَ كمل، ولا يحلف اذا بلغت، وقيل: لا يحلف اذا كانت صغيرة، وروي عن ابن معدل: لا يحلف وان كانت كبيرة، بل يجب الصداق بمجرد الخلوة.

فرع

قال: اذا افتضها بيده وأمسكها فلا أدب ولا أرش، لأنه افسد على نفسه ماله افساده، ويكمل[2] الصَّداق، ولو فارقها فعليه الأرش، لأنه افسد عليها، وقال ابن القاسم أيضا: ذلك كالوطء يكمل به الصداق، وفي غير امرأته يؤدب.

---

(1) (ي): عدة الوفاة وتأخذ كمال الصداق... منه.

(2) (ي): ولا يكمل.

فرع

قال: إن قال: إن تزوجتُكِ فأنتِ طالق، فتزوجها فطلقت باليمين، فلها نصف الصداق، فإن دَخَلَ: قال مالك: يكمل لها الصداق، وقال ابن نافع: صداق الدخول، ونصف صداق اليمين، لأنه دَخَلَ بها ثانية معتقداً أنها زوجته كما وقع في المدونة في الأختين يتزَوجها أخَوان فيدخل كل واحد منهما بغير امرأته فيفرقون، وعلى كل واحد صداقان، صداق امرأته وصداق التي دخل بها لأنه يعتقد انها امرأته.

فرع

في الكتاب: إن دَخَل بها محرمةً أو حائضاً أو صائمةً في رمضان واختلفا في الوطء صُدقت، لأن الخلوةَ شاهد لِحَثّ الطمع على مخالفة الشرع، بخلاف مدَّعِي الحرام في غير هذا.

الفصل الحادي عشر: في التقرير، وفي الجواهر: لا يتقرر شيء بالعقد على المشهور، بل يتقرر النصف بالطلاق[1]، والدخول والموت يقرر الكل، وقيل: نصفه بالعقد، والدخول والموت مكمل، وقيل: جميعه بالعقد، والطلاق مسقط للنصف، وقاله (ش) وابن حنبل.

قواعد: الأصل في الأعواض وجوبُها بالعقود، فإنها أسبابها، والأصل: ترتب المسببات على الأسباب، فمن لاحظ ذلك أوجب الجميع بالعقد، كثمن المبيع، ومن لاحظ أن العوض في النكاح إنما هو شرط في الإباحة لا مقابل للعضو، وشأن الشرط أن لا يعتبر الا عند تحقق المشروط، والمشروط هو المقتضي له على التحقق، فلا يتقرر شيء الا عند

(1) ((بالطلاق) سقطت من (ي).

الدخول أو الموت، لأن الصداق انما التزم إلى قصر[1] الزوجين، ويدل على انه مطلوب للإباحة لا لمقابلة منافع العضو: عدم تقرير المنافع، وليس المطلوب الوطأة الأولى فقط، لأنها ليست غرض[2] العقلاء في بذل الصداق، وإنما الشرع أوجب بها الصداق لتحقق أصل الإباحة، ومن لاحَظَ قاعدة أخرى، وهي: أن ترتُّب الحكم على الوصف يدل على سببيته له، وقد قال تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ (البقرة: 237) فرتَّب النصف على الطلاق، فيكون سببه أوجب النصف بالطلاق.

الفصل الثاني عشر: في التشطير، في الجواهر: سببه اختيار الزوج الطلاق قبل المسيس في تسمية أو فرض صَحيحين.

فرع

في البيان: قال ابن القاسم: اذا أصدق جارية فلا يتزوجها قبل البناء بالزوجة. لأنه شريك فيها، وعلى القول أنها اذا ماتت قبل البناء رجع بالقيمة عليها واختصت بمصيبتها: له تزويجها، وان بنى بها جاز التزويج لحصول الملك، وكرهه ابن كنانة، مراعاة لقول مَن يرى ان له شبهة في مال امرأته، ولأنه لا يُحَدُّ اذا زَنَى بأَمَتِها.

الفصل الثالث عشر: فيما يوجب سقوطه، وفي الجلاب: اذا اعتقت فاختارت نفسها قبل البناء سقط، لأن النصف إنما وجب بغير مسيس جبراً لكسر الطلاق، وهي المختارة له، فلا كسر فلا جَبر، وكذلك اذا خيَّر

(1) (قصر) مكانها بياض في (ي) ولعلها: قصد.

(2) (ي): غرضاً للعقلاء.

امرأته فاختارت نفسها (وكذلك اذا ملّكها فطلقت قبل البناء)[1].
وكذلك اذا ارتدت، ويتخرج فيها رواية بأن لها النصف نظرًا لأن الردة ليست اختيارا للفراق، بل ايثارا للدّين، وتقع الفُرقة تبعًا، ولاحظ الأول انهما مغلوبان على الفراق كالرضاع، ولو لاعَنَها قبل الدخول سَقَط، لأن (الفرقة بلعانها، ولو خالعها على شيء من مالها وسكت عن الصداق قبل البناء سقط، لأن)[2] العدول عنه يدل على الرضا باندراجه في عِوض الخلع، واذا ضمن سيده الصداق ثم دفعه لها في الصداق انفسخ النكاح وسقط الصداق، لأنها مختارة للمعاوضة، وكذلك لو ردها بالعيب، لأن الرد من سببها، وفي الجواهر: فيه خلاف.

الفصل الرابع عشر: في التنازع فيه، وفي الكتاب: اذا تنازع[3] الزوجان في مقداره بعد الطلاق وقبل البناء فالقول قوله مع يمينه، لأن الأصل براءة الذمة، فإن نَكَل حلفت وأخذت مُدَّعاها، وكذلك إن ماتت قبل البناء فادَّعى ورثتها تسميتَه والزوج تفويضا[4]، ولو اختلفا قبل البناء من غير موت ولا طلاق: فالقول قولها، لأن بُضعها بيدها فلا يجب عليها تسليمه الا بما ترضى،[5] فإن وافَقَها الزوج والا تحالفا وتفاسخا كالبيع، ولا صداق لعدم التقرر، وأما بعد البناء فالقول قول الزوج مع يمينه، لأنها مكنته وتدعي شغل ذمته، والأصل: براءتُها، وان تنازعا في التسليم أو ورثتها فلا قول للمدخول بها ولا لورثتها، وإلا فالقول قولُها وقول ورثتها، وقال (ح): إذا تنازعا في المقدار فرض صداق المثل، لأنه الأصل حتى يثبت غيره، وإن تنازعا في قبض المؤجل وقد بنَى بها بعد الأجل

---

(1) ما بين القوسين سقط من (ي).

(2) ما بين القوسين سقط من (د).

(3) (ي): اذا اختلف الزوجات.

(4) (د): تفريقا.

(5) (ي): برضاها.

صُدق، وان بنَى بها قبل الأجل صُدقت، لأن الظاهر قبضه بعد الأجَل، والأصل: عدم قبضه قبل الأجل، وقال (ش) و(ح): القول قول المرأة في عدم القبض بعد البناء مطلقا عملا بالأصل، قال ابو الطاهر: ولو وقع بعد الطلاق، فالقول قول الزوج على كل حال، لأنه تدعى عليه غرامة ينكرها وقال ابن يونس: قال محمد: تحلف الثيب في الاختلاف قبل البناء، ويَحلِف أبو البكر، كان الاختلاف في المقدار أو في النوع ويتحالفا[1] وينفسخ النكاح، ويبقى[2] زوجين بعد البناء والتحالف، وان اختلفا في المقدار ردت المرأة الى صداق المثل إلا أن يرضيا بما ذكرت، وإنما حلف الأب في البكر، لأنها لا تتصرف في الصداق، قال أبو عمران: ان تحالفا قبل البناء ثم اراد أحدُهما الرضا بما قاله الآخر صح، ويجري هاهنا الاختلاف الذي في البيع وإتيانُ أحدهما بما يشبه، وقيل: لا يُراعى ذلك احتياطا للفروج، وقال سحنون: اذا قالت: تزوجتك على أبي، وقال: بل على أمك، وهو يملكهما، تحالفا وتفاسخا قبل الدخول، وتعتق الأم لإقراره، وكذلك إن نكَلاَ، وبعد الدخول يَحلف وتعتق الأم، فإن نَكَل حلفت وعتق الأب، وقال: وهو خلاف ما تقدم أنها يكون لها صداق المثل، قال بعض أصحابنا: إن اختلفا بعد الدخول في قبض المال وهو مكتوب في كتاب، فالقول قولُها، لأن الأصل: أخذ الوثيقة عند الدفع. قال اللخمي: اختلف في أربعة مواضع، هل يبدأ بالمرأة أو بالزوج، وهل تحالفهما فسخ كاللعان أو حتى يتفاسخا، وهل نكولهما كأيمانهما أو يعود القولُ قولَ مَن نَكَل منهما أولا، وهل يعتبر إتيان احدهما بما يشبه أم لا؟ فقال سحنون: التحالف فسخ، وقال ابن حبيب: الزوج بالخيار في التزام ما ادعت وتركه، وعلى هذا يكون للزوجة أن تَرضَى بما حَلَف عليه، واذا اختلفا في جنسه تحالفا وتفاسخا، لأنه ليس أحد الجنسين أولى من الآخر، وقال ابن القصار: بل

---

(1) او في النوع تحالفا.

(2) كذا ولعلها: ويبقيا.

القولُ قولُ الزوج بعد البناء لانها سَلَّمت بُضْعَها، والأصل: براءة الذمة مما تدعيه.

فرع

قال: فإن أخذت بالصداق رهنًا وسلمته: فالقول قول للزوج لتسليمه وقال يحيى: القولُ قولها مع يمينها، لأن الأصل عدم القبض.

فرع

قال: فإن أخذت حميلا وأقرت بالقبض، واختلف الزوج والحميل أيهما دَفَع، واتفقا على قبض المرأة: فالقولُ قول الزوج مع يمينه، فإن نَكَلَ حَلَف الحميل ورجع عليه، ولا يمين على المرأة، وإن دفع كل واحد منهما بغيبة صاحبه: سئلت المرأة أيهما الدافع، فإن قالت: الزوج حلفت للحميل، ولا مقال بين الزوج والحميل، فإن نَكَلَت حلف الحميل ورجع عليها، وان قالت: الحميل، فالقول قول الزوج في الدفع، لأنه يقول[1]: لم أقبض ما اشتريت حتى دفعتُ ما عليَّ، ولم يدفع أحد عني شيئًا، ويحلف ايضا للحميل: ما أعلم انك دفعت قبل دفعي شيئًا، فإن نَكَل برىء الزوج، وغرمت للحميل، وإن حَلَف لها ونَكَل الحميل، حَلَف الحميل: أنك تعلم دفعي قَبلَ دفعك، وتَرجع عليه، فإن نَكَل فلا شيء له على الزوج، وإن قالت: قبل البناء لم اقبض منهما شيئا، وادَّعيا دفع واحد منهما، حَلَفت يمينًا واحدة وأخذت من الزوج، إلا ان يكون معسرًا فمن الحميل، وإن ادَّعيا دفعهما مفترقَين حَلَفت لهما يمينين، فإن حلفت للحميل ونَكَلَت للزوج حَلَف الزوج وبرىء، ولا شيء للحميل على الزوج إذا لم يدعَ العلم، وإن

(1) (ي): لم يقل.

حلفت للزوج ونكلت للحميل: حَلَف وَرَجَعَ على الزوج، لأن يمينها للزوج يوجب لها الصداق عليه، ويمين الحميل عند نكولها يوجب أن يكون الحميلُ هو الدافع، وان حَلفت لها وادعى الحميلُ عِلم الزوج بدفعه عنه بوجه جائز، حلف الزوج، فإن نَكَل حلف الحميلُ وَرَجَعَ عليه، وفي الجواهر: ان اختلفا في القبض واستقرت عادة صير إليها، والقول قولها، إلا أن تكون مدخولا بها، فالقول قوله، واختلف في معناه، قال ابو اسحق: ذلك ببلدٍ عادتُهم التعجيل قبل البناء، فأما في غيره فالقول قول المرأة، لأن الأصل عدم القبض، وقال عبد الوهاب: إنما هو حيث لم تكتب وثيقة، وقال ابو الوليد: إنما ذلك لأن معظم البلاد عادتهم التعجيل بحمل الجميع على الغالب.

فرع

قال ابن يونس: قال ابو بكر بن عبد الرحمن: إذا ادَّعى ان الولي شرط لها شرطًا وعطايا، وأنكر الولي ونَكَلَ عن الحلف: حَلَف الزوج ورجعت إلى صداق المثل، وان كان حلفُه على ما يستحقه غيره لحقه في ذلك ويرجع بما زادت التسمية على صداق المثل على وليها، قال ابن يونس: وأرى إن حَلَف الزوج ان يستحق الشرطِ لامرأته، لأنه كالوكيل لها، والوكيل يحلف في معاملته، وأما قوله: يرجع بالزائد: يشكل بمَا إذا كان أكثر من التسمية، فإنه لا يزاد عليه لدعواه.

فرع[1]

في الجواهر: اذا ادعت الفَيْن بعقدين وشهدت البقية بهما لزما، وقُدر تخلل الطلاق بينهما، ثم هل يقدر بعد المسيس ويكون على الزوج بيان انه

(1) هذا الفرع كله سقط من (د).

قبله، أو قبله وعلى المرأة بيان انه بعده يستقر لها الكل؟ خلاف مبني على استقرار الصداق بالعقد ام لا.

النظر الثاني: في الصداق الفاسد، ولفساده سبعة أسباب: **السبب الأول:** الشغار، **وفي التنبيهات:** أصلُه في اللغة: الرَّفعُ من قولهم: أشغر الكلبُ برِجله اذا رَفَعها ليبول، ثم استعملوه فيا يشبه، فقالوا: أشغر الرجل المرأة اذا فَعَلَ ذلك بها للجماع، وأشغرت هي إذا فعلته، ثم استعملوه في الجماع بغير مهر إذا كان وطئًا بوطءٍ في قولهم، أنكحني وليتك وأنكحك وليتي بغير مهر، وفسر ذلك في الحديث بذلك، وقيل: سمي بذلك لخُلُوّه عن الصداق، من قولهم: بلَد شاغر إذا خلت، قال: وهو حرام إجماعا، وفي الموطأ[1] **نهى عليه السلام عن الشغار: أن يزوج الرجلُ ابنتَه على أن يزوجه الآخر ابنتَه، وليس بينهما صداق.** قال أبو الطاهر: قيل: التفسير منه عليه السلام، وعليه الأكثرون، وقيل: من نافع راويه. وله ثلاث صور: أن يَعرَى عن الصداق ففسادُه في عقده، وان يسمى لكل واحدة منهما، ففسادُه في صداقه، فيجري الخلاف في امضائه بالعقد، وان يسمى لاحداهما فقط، ويتصور في المجبورة على النكاح، والجمهور على تصويره في غيرها، ولمالك: ان الشغار كله يمضى بمجرد العقد، **وفي التنبيهات:** اختلف أصحابُنا في علة تحريمه: هل هي جُعل على بُضع كل واحد منهما صداق الأخرى، فيكون للزوج شريك في امرأته، ولذلك فسخ على المشهور قبل البناء وبعده، لكون الفساد في العقد، أو عدم الصداق، وعلى هذا يفسخ قبلُ فقط، وقيل: يمضى بالعقد لوقوع الموارثة والحرمة فيه إجماعا، وقاله (ح)، ويستحق مهر المثل، وقال (ش): فاسد ويفسخ، قال ابن حنبلٍ: الشغار فاسد، ويصح منه وجه الشغار، وهو الصورتان الأخيرتان، واتفق الجميع على المنع ابتداء،

---

(١) في النكاح، باب جامع ما لا يجوز من النكاح، عن عبدالله بن عمر، وهو في البخاري في النكاح، باب الشغار. وفي مسلم في النكاح، باب تحريم نكاح الشغار.

والخلاف بعد، إما لأن النهي يقتضي الفساد، او لا يقتضيه، أو لأن الفساد في الصداق لا في العقد.

تفريع: في الكتاب: اذا قال: زوجني ابنتك على ان أزوجك ابنتي ولا مهر بينهما: يفسخ، ولو ولدت الأولاد، وللمدخول بها صداق المثل لا غير، ولا شيء لغير المدخول، وان قال: زوجني ابنتك بمائة على أن أزوجك ابنتي بمائة، وهو وجه الشغار، ويفسخ قبل البناء فقط، ولهما الأكثر من التسمية، أو صداق المثل لجمعِهم في الصداق جائزًا وَحَرامًا، وان سمي لأحدهما فقط ثبت نكاح المسمى لها بعد الدُّخول، ويفسخ الآخَر، ولهما صداق المثل، قال ابن يونس: (قال ابن القاسم)[1] في صريح الشغار: أحب إليَّ فسخُه بطلاق، وقال في غير الكتاب: اذا سمى لها كما تقدم فلها صداق المثل، إلا ان يزيد على المسمى، قال صاحب المنتقى: قال ابو حازم: إذا وَضَع من صداق مُوليته ليضع الآخر عنه في وجه الشغار: انه جائز.

السبب الثاني: كونه مما لا يجوز بيعُه لعينه كالخمر، أو لغَررِه كالآبق، أو دار فلان على ان يشتريها لها. ففي الكتاب: يفسخ قبل البناء ويثبت بعده بصداق المثل، ويرد ما قبضت من الغَرر، وان هلك بيدها ضمنته والا فلا، فإن تغير في يديه[2] أو سوقه فهو فوت تضمنه[3] بالقيمة يوم القبض والمثلي بالمثلي، وكذلك كلٌّ ما فسادُه في صداقه، لأن المقصود من النكاح المواصلة دون التنمية للمال، فتأثيره فيه ضعيف، بدليل نكاح التفويض، ولو وقع مثله في المبيع لم يجز، قال ابن يونس: وروي عنه: يفسخ بعد[4] البناء لأن الصداق أحد اركان العقد، وقال (ش) و(ح):

(1) ما بين القوسين سقط من (د).

(2) (ي): فان تغير في يدها في بدنه او سوقه..

(3) (ي): لضمنه.

(4) (ي): قبل.

لا يفسخ مطلقا، ومن الأصحاب من حمل الفسخ قبل البناء على الندب. قال ابن القاسم: ويجوز بالعبد البعيد الغيبةِ كمسيرة الشهر على الصفة، والضمان من الزوج، ولا يدخل حتى تقبضه، وان قدم ربع دينار، لأن النقد في البعيد لا يجوز، ويدخل في القريب قبل القبض، واذا هلك القريب فلها قيمتُه على تلك الصفات، لأنه من المتقومات، وقيل: مثله في الصفة كالمسلم، وان مات في يدها فعلمت فيه عيبًا كان عند الزوج غرمت قيمة العبد معيبًا يوم القبض، وتَرجع بمثله في صفته، وفيه اختلاف، قال عبد الملك: إن تزوج امرأة بثمرة لم يبدُ صلاحُها فأُجِيحَتْ كلها فهي من الزوج، ولها قيمة الثمرة، وقال ابن القاسم: المصيبة من المرأة بخلاف البيوع، لأن النكاح مكارمة.

فرع

قال صاحب المنتقى: اذا تزوجها بمغصوب[1] ماله فيه شبهة كالابن الصغير في وِلايتِه، لم يختلف أصحابنا أن الأب إن كان ميسورًا كان للزوجة، كما لو اشتراه لنفسه واتبع بالقيمة، أو مثلها في المثليات، أو معسرًا: فروي عن مالك: هو للمرأة، ومنع مطرف كالاستهلاك[2]، واذا قلنا: هو للابن، قال عبد الملك: بعد الدخول، قال مطرف: بل للمرأة بالدخول، لأن المعاوضة قد تمت باستيفاء البُضع، قال ابن حبيب: وهذا مَا لَم يمنعه الإمام من التزويج بمال ابنه، وإلا فحينئذٍ الابن أحق بها[3] اتفاقا، وإن كان كبيرًا لا ولاية عليه انتزع من المرأة، فإن فُقِد[4] فلا

(1) (د): المغصوب بماله فيه شبهة...
(2) (د) كالاستهلال.
(3) (د) بنى أم لا اتفاقا.
(4) (ي): تلف.

شيء له عليها إلا أن يكون طعاما أكلته، أو ثوبا لبسته، قال ابن القاسم: علمت بهم أم لا، كالابتياع من الغاصب، فإن لم يكن له فيه شبهة كالسرقة ثبت النكاح عند سحنون. وان[1] جهلت فسخ قبل البناء فقط، وخرج أبو الطاهر الصحة مع العلم من الخلاف، فيما[2] اشتري من غاصب وهو يعلم، وفي الجواهر: ان تزوج بمغصوب: قال ابن القاسم: لا ينفسخ النكاح، وان تعمد ذلك، وعليه مثله إن كان مثليًا، أو قيمتُه إن كان قيمًا، وقيل ايضا: يغرم المثل، وقيل: صداق المثل، وهذه الأقوال فيما اذا أصدقها معيبًا فاختارت رده، وقال عبد الملك: يفسخ في المغصوب قبل البناء.

فرع

في الجواهر: قال: اذا تزوج على مائة وخمسين لم يكن عليه سوى خمسين، لأنها المحققة.

فرع

في الكتاب: اذا كان الصداق مؤجلا لِموت أو فراق فسخ قبل البناء للجهالة بالأجل، وثبت بعده ولها صداق المثل نقدا كقيم المتلفات، ولمالك: لها قيمة المؤجل، قال ابن القاسم: ولا يعجبني، لأن القيمة فرع الثبوت، قال صاحب النكت: قال غير واحد من القرويين: اذا تزوجها بمائة نقدًا أو مائة إلى أجل، أو مائة إلى موت أو فراق ودخل وروعي[3] صداق

---

(1) (ي): عند سحنون ان جهلت، وان فسخ قبل البناء...

(2) (د) فيمن اشترى.

(3) (ي): وروي.

المثل، يقال: كم صداق هذه المرأة على أن فيه مائة مؤجلة، فإن كان أقل من مائتين[1] لم ينقص منها، ويعطي مائة معجلة ومائة إلى أجل، وان زاد أعطيت الزائد معجلا، واختلف في الزائد على الثلاثمائة هل يسقط أو يكون لها.

فرع

في الجواهر: لا يجوز على حميل تعينه غائب، لأنه إن لم يرض فلا نِكاحَ، وان قال: ان لم يرضَ أتيت برهن او بغيره، جاز.

فرع

قال صاحب البيان: اذا جعل عتقها صداقَها، مَنَعَه مالك، لأنه نكاح بغير صداق، ويفسخ قبل الدخول، ويثبت بعده بصداق المثل، قال: والأظهر أن فساده في عقده، لأن اللفظ يقتضي وقوعها معا، والنكاح والملك لا يجتمعان، وقيل: شرط عليها ما لا يلزمها بعد العتق، فإن رضيت به بعد العتق جاز، والا فلا نكاح، ولا يحتاج إلى فسخ، وقال (ش): يجوز جعلُ عتقها صداقَها، وهي بالخيار، فإن امتنعت فعليها قيمة نفسها، وألزمها ابن حنبل النكاحَ اذا اتفقا على ذلك، بخلاف اذا قال: أعتق على أن تتزوجي بي، ويكون العتق صداقَها، فلا يلزم، لأنه سلف في النكاح، والنكاح لا سلَف عليه، ووافقنا (ح) في المنع، وفي الصحيحين[2]

---

(1) (ي): من المعين.

(2) البخاري في الصلاة والآذان وصلاة الخوف والجهاد، باب دعاء النبي صلى الله عليه وسلم إلى الإسلام والنبوة، ومسلم في النكاح باب الصداق وجواز كونه تعليم قرآن وخاتم حديد، وفي المغازي عن انس بن مالك.

انه عليه السلام جَعَلَ عتق صفيةَ صداقَها. وجوابُه: أنه خاص به عليه السلام كالموهوبة، ويؤيده: أن العقد ان وقع قبل العتق ناقضه الملك، أو بعده امتنع الإجبار، ولأن العتق إن تقرر لها حالة الرق تناقض، او حالة الحرية والصداق يتقدم تقديره قبل العقد فيقع العقد حالة امتناع الإجبار مجبرًا، وهو محال، فيتعين اختصاصه به عليه السلام، (وقاله[2] الرواة ما لم ير صداق، ويكون نكاح تفويض او بغير صداق، وهو جائز له صلى الله عليه وسلم)، وفي التلقين: إن أعتق أمته على أن تتزوجه بعد العتق لم يلزمها ذلك. وإن شرط أن عتقها صداقها لم يصحَّ ولزمه الصداق.

فرع

قال صاحب البيان: اذا أعطاها مالاً فاستُحق: فهل تمنعه من التمادي على وطئِها حتى يُوفيها حقها؟: أربعة أقوال: له ذلك غرَّها أم لا، الفرق بين ان يغرها أم لا، يكره التمادي، قاله محمد، تمتنع حتى يُعطي ربع دينار ان استحق جميعُه والا فلا، فإن تزوجها على بستان عشرة فدن فظهر خمسة: قال ابن القاسم: لها قيمة الخمسة إن رضيت إمساكه، ولو ردته فقيمة جميعه على أنه عشرة كالاستحقاق، قال: والقياس أن لها الرد وصداق المثل، أو التماسك ونصفُ صداق المثل قياسًا على البيع.

فرع

قال: إن تزوجها بمال حرام: قال مالك: أخاف أن يكون زنا، لأن الله تعالى يقول: ﴿أن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ﴾ (النساء: 24) وهذا ليس ماله، ولكني لا أقول ذلك.

---

(1) ما بين القوسين سقط من (د) وفيه: وقاله الرواء (كذا).

فرع

قال اللخمي: إذا تزوجها على خَل فوُجد خمرًا: فهو كظهور العيب ترده وترجع بمثله كالاستحقاق، وقال سحنون: إذا تزوجها بعبد فظهر حرًا فالنكاح فاسد، لخلو العقد عن الصداق، فإن تزوجها على أنه خَمر فوُجد خَلا: صح النكاح إن رضيا بالبقاء عليه، وان كره احدهما لم يتمّ النكاح، قال صاحب النكت: إذا قلنا بالمثل اذا وجدت خمرًا فتلفت القُلّة غرم القيمة، وكذلك اذا تزوجها بطعام معين على الكَيْل فاستحق او شيء مما يؤكل او يوزن، بخلاف البيع، لأن استحقاق المعيّن لا يفسخ النكاح، وقال صاحب التنبيهات: رجوعُها بمثل الخمر خَلاًّ إما بأن تَغسل الجرة ثم تملأ، أو تعرف ما تحمل من الماء ثم يكال مثلُه، وقال ابن سحنون: فيه القيمة كالجزاف وقال ابن عَبْد الحَكَم: لها صداق المثل، لأنه معدوم شرعًا فهو كنكاح بغير شيء.

السبب الثالث: كونه منافع الزوج، كخدمتها مدة معلومة، أو تعليمها القرآن. وفي الجواهر: منعُه لمالك: لقوله تعالى: ﴿أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ﴾ وقاله (ح)[1]، وأجازه أصبغ و(ش)[2] وابن حنبل، لقوله عليه السلام في مسلم:[3] (زوجتكها بما مَعك من القرآن) أي بتعليمك إياها، وجوابُه: أنه إن كان إجارةً فهي باطلة، لعدم تحديد المدة، أو جعالة، وهي في مثل هذا مع عدم تحديد المدة لا تصح، ولأن الجعالة غير لازمة، والنكاح لازم، بل يجب أن يعتقد أنه لما تعذر الصداق بالعجز جَعَل عليه السلام حفظه القرآن فضيلةً توجب تزويجَه، وأخر الصداق في

(1) (ح) مكانها في (ي) بياض.

(2) (ش) سقطت من (ي).

(3) تقدم تخريجه.

ذمته تفويضًا كمَا زَوج أبو طلحة أم سليم على الإسلام، والإسلام لا يكون صداقًا بل تفويضًا.

تفريع، في الجواهر: كرهه ابن القاسم فإن وقع مضى في قول أكثر الأصحاب، وروي عن ابن القاسم: إن لم يكن مع المنافع صداق فسخ قبل البناء وثبت بعده، ولها صداق المثل، وتبطل الخدمة المقدمة، فإن خدم رجع بقيمتها، وكذلك ان وقع على إحجاجها: قال ابن حبيب وغيره: يجوز على أن ترجع إلى إحجاج مثلها، ولها الوسط من ذلك، كما لو تزوجها على شَورة ومنعته من الدخول حتى يحجها[1] او يعطيها نفقة مثلها في الحج فيكون ذلك صداقها إن شاءت حجت أم لا، وقال اللخمي: الأحسن الجواز في ذلك كله، وإنما كره مالك ذلك لأنه يستحب[2] أن يكون الصداق معجلا، والمنافع تقتضي التأجيل، وكل من تزوج بشيء فهو حالّ. فإذا حَل زَمن الحج تعين، ومنع ابن القاسم البناء حتى يقدم ربع دينار، وقال اشهب: لا يلزم، كمن تزوج بمائة إلى سنة، وإن أتى زمن الحج قبل البناء فلها منع نفسها حتى يحجها كالمؤجل يَحل قبل البناء.

السبب الرابع: تفريق الصفة[3] فيصدقها عبدًا يساوي ألفين على ان ترد ألفًا، فنصفه مبيع ونصفه صداق: منعه في **الكتاب** وقال: يفسخ قبل ابناء ولها بعده صداق المثل، لأن ما يخص البيع أو النكاح مجهول، فيؤدي إلى النكاح بالمجهول، وإلى عُرُو[4] النكاح عن الصداق، قال ابو الطاهر: في النكاح والبيع أربعة أقوال: ثالثها: الكراهة، ورابعها: إن بقي بعد ثمن السلعة ربعُ دينار جاز، وقال ابن الكاتب: ان اعتبر قبل البناء جاز اتفاقا، وجوزه ابن حنبل، لأن كل واحد يجوز العقد عليه مفرد[5] فيجوز مجتمعا كالسلعتين.

(1) (ي): يحجبها، وهو تحريف.

(2) (د) لا يستحب، وهو تحريف.

(3) (ي): الصفقة.

(4) (ي): والى عود النكاح إلى .. وهو مصحف.

(5) (ي): منفرد.

قاعدة: العقود أسباب لاشتمالها على تحصيل حكمها في مسبباتها بطريق المناسبة، والشيء الواحد بالاعتبار الواحد لا يناسب المتنافيين، فلذلك لا يجتمع النكاح والبيع لتضادهما في المكايسة والمسامحة، ولا يجتمع مع البيع عقود يجمعها قولك: (جص مشنق) الجيم للجعالة، والصاد للصرف، والميم للمساقاة، والشين للشركة، والنون للنكاح، والقاف للقِراض[1] لتضاد أحكامها، وفي الجواهر: لو كانت السلعة لغيرك فسخ ايضا، لأنه من باب جمع السلعتين لرجل[2]، وكذلك لو تزوجها بمال معلوم على أن أعطاها[3] الأب دارا، فأما لو تزوجها على غير مسمى على أن أعطاها[4] الأب دارًا صح لأن الدار هاهنا هبة مَحْضَة.

السبب الخامس: الشرط، في الكتاب: اذا تزوجها بألف، وإن كانت له امرأة فالفان لم يجز كالغرَر، أو وضعت بعضه في العقد على أن لا يُخرجها من بَلدها، وان أخرجها فمهرها ألفان، فله اخراجها وليس لها الا ما تقرر، كالقائل: إن اخرجتك من الدار فلك ألف، فإن حطت عنه بعد العقد لذلك، فلها الرجوع لتعينه لها بالعقد، وروي عن مالك: إن حَطَّت في العقد من صداق مثلها لها الرجوع والا فلا، قال ابن يونس: قال مالك: اذا قرر قبل الملك ستّين، ووضع عنه عند العقد عشرين لأجل الشرط فلها الرجوع، وانما الذي يرجع به أن يَقول: أتزوجك بمائة ثم أضع خمسين، فإن طلقها في القسم الأول قبل البناء فليس لها الا نصف ما بقي بعد الشرط، لأنه لم يخالفه، وفي الكتاب: وإن أعطته مالاً لشرط وان خالفه فهي طالق، فخالفه لم ترجع بشيء، لأنها آثرت طلاقها به، قال اللخمي: إن تزوجها بمائة وان أخرجها من بلدها فمائتان، فأخرجها فلها

(1) (د) للفرائض، وهو تحريف.

(2) (د): لرجلين.

(3) (د) اعطاه.

(4) (د): اعطى.

المائتان، لقوله[1] عليه السلام: (إن أحق الشروط أن يوفى به ما استحللْتُم به الفروج) وقال مالك مرة: لها الأقل من صداق المثل أو المائتين قال: وهو أقيس، قال مالك: اذا اشترطت السكنى عند أبيها بمال اشترطت ما لا يباع وترجع به، وان اشترطت: إن لم يأت بالصداق في وقت كذا فلا نكاح بينهما، فهل يبطل العقد أو الشرط؟ فيه خلاف، واذا شرط في الصداق انه لموت أو فراق (وفات بالبناء فقال مرة: له صداق المثل، وقال مرة: تتمة المسمى نقدًا، فان تزوجت بمائة نقدًا او مائة إلى موت أو فراق)[2] فقال: صداق المثل مطلقا، وقال مرة: ما لم ينقص عن المائة، وقيل: ما لم ينقص عن المائة ويزيد على المائتين، وقيل: يقوم بأجله ويختلف اذا كانت العادة بموت او فراق. ولم يشترطوه: هل يجوز وتأخذه متى أحبت؟ لأن الأصل الحلول، والتأخير مكارمة، أو فساد[3] للعادة، وفي الكتاب: يكره النكاح بصداق بعضه مؤجل الى سنة، وان وقع جاز، وللزوج إذا أتى بالمؤجل الدخول، وتتأخر بقيته إلى الأجل، ويجوز في البعيد ما لم يتأخر، وفي الجواهر: كره مالك واصحابُه تأجيل بعض الصداق، وجوزه ابن القاسم لأربع سنين، وابن وهب لسنة، وقال ابن وهب: لا يفسخ الا ان يزيد على عشرين سنة، وقال ابن القاسم: لا أفسخ إلا الأربعين، وروي: الستون، والمدرك: أن الصداق قبالة الإباحة، فلا ينبغي ان يتأخر عنها، بخلاف الثمن في البيع، ومنهم من رأى الأجل القريب في حكم النقد، واختلفوا فيما يحل[4] قريبًا، فان أخر بعضه إلى غير حد فسخه مالك قبل البناء لفرط الغرَر، ويعطي صداق المثل بعد

---

(1) تقدم تخريجه، وهو في البخاري في النكاح. باب الشروط في النكاح، عن عقبة بن عامر.

(2) ما بين القوسين سقط من (ي).

(3) (ي): او فاسدة.

(4) (د): يُعَد.

البناء معجلا، إلا ان يكون صداق مثلها أقل من المعجل فلا ينقض منه، أو اكثر من المعجل والمؤجل فيعطاه. إلا ان يرضى الزوج بتعجيل المؤجل، أو المرأة بإسقاطه فلا ينفسخ، وإن شرط في بعض الصداق إلى يُسره، وهو مولى، أو مطالبتها به، أجازه ابن القاسم لحصول الملاة، وهو حال، وقال عبد الملك: يفسخ النكاح قبل البناء ولها صداق المثل لاشتراطه أجلاً غير معلوم.

فرع

قال: لو شرط الخيار لها في الصداق في أحد العبدين صح، أوله فسخ قبل البناء، ولها بعده صداق المثل، لأنه لم يثبت أمر الصداق، بخلاف إذا كان لها، ولو قال: تزوجتها بألف على أن لأمها ألفا صَحَّ وهما للمرأة لأنها الباذلة للعوض.

السبب السادس: ان يتضمن اثباته رفعه، كما إذا زوج عبده وجعل رقبته صداقًا، ففي الجواهر: يفسد.

السبب السابع: مخالفة الأمر فيما يسمى، ففي الجواهر: لو قال: زوجني بألف فزوجه بألفين، وعلى قول الزوج والتزويج بينة ولم يدخل، فإما أن يرضَى بألفين والا فلا نكاح، لأنها لم ترض إلا بهما، ولو التزم الوكيل الزائد لصحة العقد، ففي إجبار الزوج قولان نظرًا للمنة أو مراعاة للعقد، ولو رضيت بالألف لزم الزوج، ولو دخل فثلاثة أقوال، لزوم الألف للزوج، والزائد للرسول، لأنه متعد، ويسقط الزائد عَن الرسول، لأن الأصل أن لا يغرم الا مستوفي المنفعة، أو صداق المثل، لأن المرأة لم تدخل على الألف، والزائد على الرسول لتغريره بالقول، وإن لم يكن على قول الزوج والعقد بينة، ورضي بالألفين لزم النكاح، وإلا إن رضيت الزوجة بالألف لزم، وإلا فلّها أن تحلف الزوج، فإن نَكَل حلفت

واستحقت الألفين، وصح النكاح، وان دخل وتراضيا صح، وإلا فلا،[1] فإن أقر الوكيل بالتعدي لزم الإتمام، والا فتحلف على أنه لم يأمر الا بألف ويبرأ، فإن نَكَل غرَمَها، قال: وهذه يمين لا ترجع لأنها يمين تهمة، إلا أن تدعي المرأة تحقيقا فترجع وبلا خط[2].

قاعدة أخرى: وهي أن مَن سلط على ماله خطأ هل تُسقط الغرامة له التسليط أم لا، لأن المرأة سلطت على بُضْعِها خطأ؟

فرع

قال: إذا نَكَلَ، فهل له تحليف الرسول فإن حَلَف بريء والا غرم؟ فيه خلاف، سببه: هل يمين الزوج لتصحيح قوله فَقَط أو لذلك وابطال قول الرسول؟ فَعَلَى الأول[3] يعد مقرًا إذا نَكَلَ ولا يحلفه، وعلى الثاني له تحليفه، وأصل آخر: هل النكول كالإقرار فلا يحلفه أو لا فيحلفه؟ وإن دَخَل فليس على الزوج الا الألف، ثم إن اقر الرسول بالتعدي فهل يغرم ام لا؟ خلاف وإن أنكر وقلنا: يغرم فللزوج تحليفه، فإن نَكَل حلف واستحقت المرأة، وإن قلنا: لا يغرم فلا شيء للزوجة، وإن كان على التوكيل[4] بينة دون العقد ولم يدخل حَلَفت أن العقد بألفين، فإن رضي الزوج والا له الفسخ، وان نكلت[5] صح بالألف إلا أن يكون الزوج عَلمَ مَا وقع به العقد فيحلف، وان كانت البينة على العقد دون التوكيل، يحلف أن التوكيل لم يكن الا بما قاله، لأن الأصل عدم الزائد، فإن حَلَف قبلَ الدخول ورضيت المرأة صح، والا فَلَها الفسخُ، وان نَكَلَ فهي يمين لا

(1) (فلا) سقطت من (ي)، ولا بد منها.

(2) (ي): او نال خط.

(3) (ي): أيعد مقرًا، وهو تصحيف.

(4) (د): الوكيل.

(5) (ي): فان نكل.

ترجع إلا ان تدعي المرأة التحقيق، وهل له تحليف الوكيل اذا نَكَل الزوج على ما تقدم، واختار محمد عدم التحليف، فإن دَخَل حَلَف ومضى النكاح بالألف، وان نَكَل والمرأة تدعي تحقيق الدعوى عليه حلفت وإلا فاليمينُ لا ترجع، ويُختلف في تحليفه للوكيل على ما تقدم، هذا اذا لم يعلما بالتعدي، أما إن علم الزوج دونها فعليه الألفان لدخوله عليها، أو هي دُونه فَمَالَها إلا ألف أو هُمَا جَميعًا، وعلم كل واحد منهما بعلم صاحبه، فعليه الألفان، أو لا يعلم احدهما بعلم الآخر: فلها الألفان، قال المتأخرون: وفيه نظر لأن علمه معارض بعلمها فينبغي أن يكون لها ألف ويقتسمان الأخرى، وان علم بعلمها ولم تعلم بعلمه، فلها الألف فقط، أو علمت بعلمه ولم يعلم بعلمها فعليه الألفان، لأنها على ذلك دَخَلاَ، وأصله: أن كل واحد منهما يلزمه ما دخل عليه.

القطب الرابع: العقد نفسُه، وفيه تسعة فصول:

الفصل الأول: في صيغته، وفي الجواهر: هي لفظ يقتضي الملك على التأبيد، كالنكاح، والتزويج، والتمليك، والبيع، والهبة، ونحوها، قال القاضي ابو الحسن: ولفظ الصدقة، وقال الأصحاب: ان قصد بلفظ الإباحة النكاح صح، ويضمن المهر، ويكفي قول الزوج: قبلتُ بعد الإيجاب من الولي، ولا يشترط: قبلت نكاحها، ولو قال للأب في البكر أو بعد الإذن في الثيب: زوجني فقال: فعلت، أو زوجتك، فقال: لا أرضى، لزمه النكاح لاجتماع جزأي العقد، فإن السؤال رضا في العادة، وقال صاحب المقدمات إلا ينعقد الا بلفظ النكاح او التزويج دون غيرهما من الفاظ العقود، وفي الهبة قولان: المنع كمذهب (ش)، والجواز كمذهب (ح)، لأن الطلاق يقع بالصريح والكناية، فكذلك النكاح، ويرد عليه: أن الهبة لا تنعقد بلفظ النكاح، فكذلك العكس، وأن النكاح مفتقر إلى الصريح ليقع الإشهاد عليه، قال صاحب الإستذكار: أجمعوا على انه لا ينعقد بلفظ الإحلال والإباحة. فتقاس عليه الهبة، وقال صاحب القبس:

جوزه (ح) بكل لفظ يقتضي التمليك على التأبيد، ومالك، بكل لفظ يفهم منه المتناكحان مقصدهما، وقال صاحب المنتقى: قال عبد الوهاب: ينعقد بكل لفظ يقتضي التمليك المؤبد، كالهبة والبيع، وزاد ابو الحسن: لفظ الصدقة، وسواء ذكر الصداق في الهبة والصدقة أم لا، وقال المغيرة: لا ينعقد الا بلفظ التزويج والنكاح، وقاله (ش)، لأنهما المذكوران في القرآن ﴿وَلاَ تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آباؤكُمْ مِنَ النِّساءِ﴾ (النساء: 22) ﴿فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِنْها وطَرَاً زَوَّجْنَاكَهَا﴾ (الأحزاب: 37) ووافقه ابن حنبل، وأجابوا عما احتججنا به بما ورد[1] في الحديث: (ملكتُكها بما مَعك من القرآن) رواه البخاري مَع أن الحديث وَرَد بألفاظ مختلفة، والقصة واحدة فيستحيل اجتماعُها، بل الواقع احدها، والراوي رَوَى بالمعنى فلا حجة فيه، ولم يستثن (ح)[2] غير الإجارة والوصية والإحلال، وجوزه بالعجمية وان قدر على العربية، والجواب بقوله: فعلت.

قاعدة: كلٌّ حكم شرعي لا بد له من سبب شرعي، وإباحة المرأة حكم فله[3] سبب يجب تَلَقِّيه من السمع، فما لم يسمع من الشرع لا يكون سببًا، وعلى هذه القاعدة اعتمد (ش) والمغيرة،[4] وهو ظاهر كلام صاحب المقدمات في النقل عن المذهب.

قاعدة: الشرع كما ينصب خصوص الشيء سببًا، كرؤية الهلال، والزوال، والقتل العمد العدوان، فكذلك ينصب مشتركًا بين أشياء ويلغي[5] خصوصياتها، كألفاظ الطلاق فإن المقصود منها ما دل على

---

(1) وهو رواية من حديث الواهبة نفسها وقد تقدم تخريجه مرتين.

(2) مكانها بياض في (د).

(3) (د): فلا سبب، وهو تحريف.

(4) (والمغيرة) سقطت من (ي).

(5) (ي): وينبغي، وهو تصحيف.

انطلاقها من عصمة النكاح، والفاظ القذف المقصود منها ما دل على النسبة إلى الزنا أو اللواط، والفاظ الدخول في الإسلام، المقصود منها ما دل على مقصود الرسالة النبوية، والنكاح ـ عندنا ـ على ما حكاه مَن تقدم ذكره، من هذه القاعدة. ويدل عَلَى ذلك أنه ورد بألفاظ مختلفة في الكتاب والسنة، والأصل: عدم اعتبار الخصوص، فيتعين العموم وهو المطلوب.

قاعدة: يحتاط الشرع في الخروج من الحرَمة إلى الإباحة أكثر من الخروج من الإباحة إلى التحريم، لأن التحريم يعتمد المفاسد فيتعين الاحتياط له، فلذلك حرمت المرأة بمجرد عقد الأب، ولا تحل المبتوتة الا بالعقد والوطء الحلال والطلاق وانقضاء العدة والعقد الأول، فلهذه القاعدة أوقعنا الطلاق بالكنايات وإن بَعُدت حتى أوقعناه بالتسبيح والتهليل إذا أريد به الطلاق، لأنه خروجٌ من الحل فيكفي فيه أدنى سبب، ولم يجز النكاح بكل لفظ بل بما فيه قرب من مقصود النكاح، لأنه خروج من الحرمة إلى الحل، وجوزنا البيع بجملة الصيغ والأفعال الدالة على الرضا ينقل الملك في العوضين، لأن الأصل في السلع الإباحة حتى تملك بخلاف النساء، ولعموم الحاجة للبيع، ولقصوره في الاحتياط عن[1] الفروج، فإذا أحطت بهذه القواعد ظهر لك اختلاف موارد الشرع[2] في هذه الأحكام، وسبب اختلاف العلماء، ونشأت لك الفروق والحكَم، والله تعالى يهدينا سواء السبيل.

الفصل الثاني: في الإشهاد عليه، قال صاحب المقدمات: لا يجب في العقد ويجب للدخول، فإن دخل ولم يُشهد، أو في نكاح السر: فرق بينهما وإن طال الزمان بطلقة لإقرارهما بالنكاح، وحد إن وطىء إلا أن يكون الدخول فاشيًا، أو يكون على العقد شاهد واحد فيدرأ الحد للشبهة، فإن أشهد شاهدين وأمر بالكتمان فسخ قبل الدخول وبعده على المشهور، إلا ان

---

(1) (د): على.

(2) (د) ظهر لك مراد الشرع.

يطول، وقيل: لا يفسخ مطلقًا، ووافقه صاحب المنتقى على الفسخ اذا لم يُشهد على الدخول، وقال: ذلك ذريعة للفساد، ومنع التغرير[1] على الخلوة، وقال ابن القاسم: إن لم يُشهد إلا شاهدًا واحدًا فسخ، وتزوجها بعد الاستبراء بثلاث حيض، قال ابو الطاهر: الإشهادُ عندنا شرط في صحة الدخول دون العقد، ولم أجد احدا من الأصحاب خَالَفَ في هذا، قال ابن الحاجب: الفسخ بطلقة بائنة إذا لم يشهد على الدخول، واشترط الأئمة الشهادة في العقد، لقوله[2] عليه السلام: (لا نكاح الا بولي وصداق وشاهدي عدل) وجوابه من وجوه: أحدها: أن النفي دائر بين القضاء والفتوى، ولم ينص على أحدهما فهو مطلق فيهما، ونحن نحمله على القضاء، فلا يحكم حاكم بصحة نكاح الا ببينة، أما الحل: فثابت بدون البينة، وثانيها: انه دائر بين العقد والدخول، ونحن نحمله على الدخول، لأن اللفظ فيه حقيقة وفيما ذكروه مجاز، والحقيقة مقدمة على المجاز، وثالثها: أن الصداق مذكور مع عدم[3] شرطيته في العقد بدليل التفويض، فكذلك الشهادة قياسًا عليه بطريق الأولى، لأن الصداق ركن داخل في الحقيقة، والبينة خارجة عن حقيقة العقد، ورابعُها: يحمل النفي على الكمال، وهو متفق عليه، ويؤيده ذكر الصداق، وهو معتبر في الكمال.

تفريع: في الكتاب: من عقد بغير بينة غير مسر أشهد الآن وجاز، ولا يتزوج الرقيق الا بالبينة والصداق، وان أشهد الأب واجنبي على اذن

---

(1) (د): التعرير.

(2) رواه عبد الله بن احمد في زوائد مسند ابيه، عن عمران بن حصين، والشافعي وغيرهم بسند ضعيف، وله الفاظ وروايات ليس فيها: وصداق، ورواه الدارقطني (220/3) بلفظ: لا نكاح الا بولي وشهود ومهر الا ما كان من النبي. الا انه موقوف على أبي سعيد الخدري، ورواه البيهقي في (السنن الكبرى 125/7) مرسلاً عن الحسن البصري بهذا اللفظ بسند رجاله ثقات، وروي موصولاً عن عمران وعائشة، وله شواهد بلفظ: لا نكاح إلا بولي وشاهدين، انظر: (ارواء الغليل 258/6) لشيخنا الألباني.

(3) (عدم) سقطت من (ي).

الثيب في العقد وأنكرت لم يجز لأن الأب شهد على فعل نفسه، وان وجد رجلٌ وامرأة في بيت فشهد أبوها وأخوها بعقدها لم يجز نكاحه، ويُعاقبان، وان نكح مسلم ذميَّة بشهادة ذميين لم يجز، فإن لم يدخل أشهد الآن مسلمين ولزم النكاح.

تنبيه: ظاهر المذهب يقتضي أن تُحمل الشهادة في النكاح يُشترط فيه شروط الأداء من الإسلام وغيره، وقاله (ش) واكتفى بمن ظاهره العدالة، ووافقنا ابن حنبل غير أنه جوز أن يكونا عبدين، لأن شهادة العبيد عنده تقبل، وسوى (ح) بين تحمل شهادة النكاح وغيره، فجوز شهادة الفاسقين لأنهما قد يكونان عدلي عقد الأداء. لنا: ان المطلوب في الحال دفع مفسدة التهمة بالزنى والتغرير[1] على الخلوة المحرمة واثبات نسب الولد، وذلك انما يحصل بأهلية الأداء فتشترط.[2]

الفصل الثالث: في اظهاره،[3] قال[4] عليه السلام: (أعلِنوا النكاح، واضربوا عليه بالغربال، - ويُروى - بالدفوف) رواه الترمذي، قال ابن يونس: قال محمد: الغربال: الدف المدوَّر، وقال غيرُه: هو المغشَّى من جهة واحدة، وقال مالك: لا يُستحسن المزهر المربع، ولا بأس بالدف والكَبَر، ولا يجوز الغناء في العُرس ولا غيره إلا كما كان يقول نساء الأنصار، أو الرَّجز الخفيف من غير إكثار، قال اللخمي: الإعلان مندوب إليه، وأوجبه ابن حنبل، ونكاح السر حرام، واختلف فيه، فقيل: ما أمر الشهود بكتمانه وان كثروا، وقيل: ما عقد بغير شهادة ولو بامرأة وعلى

---

(1) (د) التقرير.

(2) (فتشرط) سقطت من (ي).

(3) (ي): اعلانه.

(4) الترمذي في النكاح، باب ما جاء في اعلان النكاح، عن عائشة، ورواه ابن حبان كما في (موارد الظمآن) رقم: 1285، وله شواهد عدة يحسن بها، وفي (د): اعلنوا بالنكاح، والرواية: اعلنوا هذا النكاح.

الأول قال ابن الجلاب: يعلن بعد ذلك ولا يفسخ، وقال ابن حبيب: يفسخ بطلقة إلا ان يتطاوَل، وهو قول مالك وأصحابه، واذا لم يؤمر الشاهدان بالكتمان فهو جائز اتفاقا، وقال الأئمة: لا يفسخ نكاح السر، لنا: نهيه[1] صلى الله عليه وسلم عن نكاح السر، والنهي يدل على الفساد.

تفريع: في الكتاب: من استكتم البينة في العقد فَسَد، قال ابن شهاب: وفرق بينهما ولو دخلا، ولها المهر بالبناء وإلا فلا شيء لها، ويعاقب الزوجان، والبينة: قال ابن يونس: اذا قال لهم: اكتموه عن أمرأتي الأخرى، أو في منزل العقد فقط، أو ثلاثة ايام ثم اظهروه، فهو نكاح السر، قال أشهب: إن فعل ذلك بعد العقد ولم يكن نَواه عند العقد جاز، وقال أصبغ: لا يفسد اذا اضمر[2] ذلك، كما لو تزوج ونيته الفراق.

الفصل الرابع: في لزومه[3]، والخيار - عندنا - لا يشرع فيه ابتداء بخلاف البيع، لأن حكمة الخيار استدراك المصلحة الفائتة حالة العقد، والنكاح انما يقع بعد الفحص، والأصل في العقود: اللزوم، ولأنه يفضي إلى بذلة المخدّرات وذوات[4] الأعيان بين القبول والرد، ولذلك أوجب

---

(1) يستفاد النهي من أمره عليه السلام باعلان النكاح وقوله: (فصل ما بين الحلال والحرام: الدف والصوت) رواه الترمذي والنسائي عن محمد بن حاطب الجمحي، وروى الترمذي (205/1) والبيهقي والطبراني في الكبير عن ابن عباس مرفوعاً: (البغايا اللواتي يزوجن أنفسهن بغير بينة) ولكنه ضعيف. ورواه الطبراني في الأوسط عن محمد بن عبد الصمد إلى أبي هريرة. قال الهيثمي في (مجمع الزوائد 285/4) ومحمد بن عبد الصمد لم يتكلم فيه أحد وبقية رجاله ثقات، وعن أبي حسن المازني ان النبي ﷺ: كان يكره نكاح السر حتى يضرب بدف. رواه أحمد، وقد قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه وقد أُتي بنكاح لم يشهد عليه إلا رجل وامرأة: هذا نكاح السر، ولا أُجيزه. ولو كنت تقدمت فيه لرجمت. رواه مالك في (الموطأ) في النكاح، وعنه الشافعي في (السنن) وعنه البيهقي وهو ضعيف للانقطاع بين أبي الزبير وعمر.

(2) (د) اذا ضمن، وهو تصحيف.

(3) (ي): في دوامه.

(4) (ي): وبنات.

الشرع لمن نصف الصداق قبل الدخول جبرًا لكَسر الرد، وأبطل الأئمة شرط الخيار، وزاد (ش): ابطال النكاح، وفي الكتاب: اذا تزوج على الخيار له أو للولي، أو للزوجة، أو لجميعهم فسخ قبل البناء، لأنهما لو ماتا قبل الخيار لم يتوارثا، ويثبت بعد البناء بالمسمًّى، وكذلك إذا تزوج على إن لم يأت بالصداق إلى أجل كذا (فلا نكاح بينهما، وقد كان يقول فيها: يفسخ بعد البناء، قال ابن يونس: قال أشهب: اذا قال: إن لم آت بالصداق إلى أجل كَذَا)[1] فأمركِ بيدك، لا يفسخ، لأنه شرط لازم.

فرع

في الكتاب: اذا قال: اذا مضى شهر تزوجتك، ورضوا بذلك، فهو باطل، لا يقام عليه.

فرع

قال صاحب البيان: اذا تزوج على مشاورة فلان في المجلس قبل الإفتراق، أجازه ابن القاسم، فإن مات أحدُهما بعد الرضا في المشاورة البعيدة قبل الدخول أو بعده على القول بالفسح بعده جرى[2] التوارث على الخلاف الذي في المدونة في الميراث والطلاق، وفيما يفسخ من الأنكحة المختلف فيها، قال ابن القاسم: واذا قال المستشار: لا أرضى، ورضي الزوج ثبت النكاح، وحكى التونسي لزوم قول المستشار[3] لأنه المشترط.

فرع

قال صاحب المنتقى: لمالك في النكاح الموقوف قولان، وأجازه (ح) ومنعه (ش)، وصفته: أن يتزوجها ويوقفه على إجازتها، ويعلم الزوج بذلك، وقال القاضي أبو الحسن: يصح أن يوقف على اذن الولي بعد رضا

(1) ما بين القوسين سقط من (ي).

(2) (ي): ويجري في التوراث على الخلاف.

(3) (ي): المشير.

الزوج دونها، لأن الخيار فيه ليس عامًا، وقال القاضي ابو الحسن: يصح مع القرب استحسانًا، قال: والموقوف طرفاه على المرأة قولان، وأحد طرفيه على الآخر إما الزوج أو الولي، في كراهة ما قرُب منه قولان، وهو الصحيح[1] اتفاقًا، وفي بطلان ما بعدُ قولان.

الفصل الخامس: في هَزْله، قال صاحب البيان: المشهور أن هَزْل النكاح كجِده، وقاله الأئمة لما في الترمذي:[2] قال عليه السلام: (**ثلاث هزلهن جد: الطلاق والنكاح والرجعة**) وفي الموطأ[3] موقوفًا على سعيد ابن المسيب، وعوض الرجعة: العتاق، وروي عن مالك: أن هزله هزل، لقوله[4] عليه السلام: (**الاعمال بالنية، وإنما لامرئ ما نوى**).

فرع

قال صاحب البيان: اذا خطب المرأة فقال الولي: تزوجت فلانًا، وقال بعد ذلك: أردت الدفع، قال ابن القاسم: ان حلف فلان ثبت نكاحه إن قامت بينة على إقراره، وأما بقول الأب[5] الخاطب، فالقول قول الأب مع يمينه، وقال اصبغ: النكاح لفلان طلب بنكاح سابق أو بهذا القول، لأن

---

(1) (ي): وهو يصح.

(2) في الطلاق، باب ما جاء في الجد والهزل، عن ابي هريرة، ورواه ابو داود في الطلاق، والدارقطني في (السنن) ص: 432 والحاكم في (المستدرك 197/2) وفي سنده ضعف وله شواهد يتقوى بها جلبها ابن حجر في (تلخيص الحبير 209/3) ولفظه المشهور. ثلاث جدهن جد، وهزلهن جد: النكاح والطلاق والرجعة. انظر: (ارواء الغليل 224/6).

(3) كتاب النكاح باب جامع النكاح.

(4) رواه مسلم في الامارة، باب قوله صلى الله عليه وسلم: انما الأعمال بالنية عن عمر بن الخطاب، وهو في البخاري في عدة ابواب في بدء الوحي، والايمان، والعتق وغيرها.

(5) (الأب) سقطت من (ي).

النكاح لا لعب فيه، وقال محمد: لا يلزم بهذا ولا بدعوى متقدمة. قال: وهو اشبه الأقوال.

قاعدة: لله تعالى أحكام في الظاهر على يد الحاكم، لا تثبت في الباطن على ألْسنة المفتين، كالأقضية المستندة إلى الأقارير والبينات الكاذبة، وكل[1] حكم في الباطن فهو حكم الله تعالى في الظاهر إذا ثبت، وقد يثبت في القضاء ما لا يثبت في الفتوى، فمعنى قول العلماء: هزل هذه الثلاثة جد، ليس معناه ما دلت القرائِن فيه على اللعب، بل المستعمِل للّفظ له ثلاث حالات: تارة يستعمله فيما وضع له، فهذا يلزم في القضاء والفتوى، وتارة يستعمله في غير ما وضع له مجازًا، فهذا لا يلزم في الفَتوى ويلزم في القضاء، إلا أن يدل دليل على إرادته المجاز، وتارة يطلق اللفظ ولا يستعمله في شيء، فهذا هو الهزل لا يَلزم في الفتوى على المشهور، وان دل دليل على ذلك في القضاء لا يلزم، وإلا لَزِمَ[2] بناء على الظاهر، فتأمل هذا المكان، فتحقيقه عزيز، وانما جَعَل الشرع الهزل في هذا الباب كالجد احتياطا له لشرفه، وعظيم ما يترتب عليه.

الفصل السادس: في توقيته، وهو نكاح المُتعة، وهي باطلة ـ عندنا وعند الأئمة ـ لما في الموطأ[3] **(نهى عليه السلام عن متعة النساء يوم خيبر، وعن أكْل لُحوم الحُمُر الإنسية)** قال صاحب البيان: اذا تزوج المرأة ونيته فراقُها بعد لذة، لا بأس به عند مالك والأئمة. وكذلك اذا نَوَى طلاقَها عند سفره من بلد الغربة، فلو علمت المرأة بذلك فهو متعة محرمة، وأما النهارية: وهي التي تتزوج على أن لا يأتيها الا نهارا، قال ابن

---

(1) (وكل) سقطت من (ي).

(2) (والا لزِمَ) سقطت من (د).

(3) في النكاح، باب نكاح المتعة، عن علي بن ابي طالب، ورواه البخاري في المغازي، باب غزوة خيبر، ومسلم في النكاح، باب نكاح المتعة عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه.

دينار: يفسخ قبل البناء وبعده، لأن فساده في العقد، والذي يأتي على المدونة: الفسخ قبل البناء ويثبت بعده، ويأتيها ليلا ونهارًا، وقاله أصبغ، وهل[1] يجب بعد البناء المسمى أو صداق المثل؟ وهو الأظهر لتأثير الشرط في الصداق.

الفصل السابع: فيما يقترن به من الشروط، وفي الجواهر: الشروط ثلاثة أقسام.

القسم الأول: يقتضيه العقد كالإنفاق والوطء فلا يؤثر ذكره.

القسم الثاني: ما يناقص العقد كعدم القسمة ونحوه، فيمتنع ويفسخ النكاح قبل البناء، وفي فسخه بعده خلاف،

القسم الثالث: ما لا تعلق له بالعقد، كشرط عدم إخراجها من بلدها، وهو مكروه، لما فيه من أسباب الخصومات، قال مالك: ولا يلزم من الشروط الا ما فيه تمليك أو عتق، فإذا شرط ولم يعلقه بيمين ولا تمليك، ولا وضعت عنه من صداقها لأجله، فله مخالفته، قال ابن يونس: قال ابن القاسم: الشرط اللازم يعود بعد الطلاق اذا بقي من الملك الأول شيء، وقال (ش): إنما تقدح الشروط اذا كانت منافية لمقصود العقد إن ذكرت معه، وان ذكرت قبله وسَكَت عنها معه فلا، واذا سقطت الشروط لها مهر مثلها، وقال (ح): تبطل الشروط كلها ويصح النكاح، ويكمل لها المهر، إن لم يف لقوله[2] عليه السلام: (كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل)، وقال ابن حنبل: يلزم الوفاء بكل شرط فيه فائدة.

---

(1) (د): وقيل.

(2) البخاري في العتق، باب ما يجوز من شروط المكاتب. من عائشة، ومسلم في العتق، ونحوه في (الموطأ). ومسند أحمد (183/6).

فرع

قال صاحب البيان: اذا جَعَلَ أمرٌ كل امرأة يتزوجها بيدها، فتزوج وأقامت مدة لا تقضي بشيء: فثلاثة أقوال: إن مضى شَهر ونحوه سَقَطَ ما كان بيدها إلا أن تشهد أن ذلك بيدها لتنظر فيه، قال ابن القاسم، وذلك بيدها ما لم يدخل او يطل قبل البناء، قاله مالك، وذلك بيدها ما لم تدخل، (قاله مالك)[1].

فرع

قال: ان اشترطت في العقد أن يطلق امرأته فطلق واحدة فقالت: أردت ثلاثًا: قال ملك: طلقت ثلاثا، لأن لفظ اليمين على نية المستحلف وكذلك لو كان تمليكًا بخلاف إذا تطوع بذلك من غير شرط، وقيل: ذلك سواء.

فرع

قال: اذا زوج أمته على ان اول ولد تلده حر، فسخ قبل البناء وبعده ابدا، لمناقضته العقد، وقال عبد الملك: اذا لم يعْثر عليه حتى ولدت لا يفسخ لذهاب الشرط، وأما اذا شرط: كل ولد حر، فسخ ابدا اتفاقا، فإن باعها السيد أو أصدقها[2] قبل أن تحمل بطل الشرط، ورق الولد، وفسخ النكاح، ولا يجوز بيعها إذا حملت إلا أن يرهقه دين فتُباع فيه، قاله في المدونة، وقال أصبغ: لا تباع فيه حفظا للعتق، وإن مات السيد

(1) زيادة من (ي).

(2) (ي): او فارقها، ولعله الصواب.

قبل وضعها: قال ابن القاسم: للورثة قسمته، ويبطل العتق[1]، ومنع اصبغ إلا أن يطول الأمر ويخاف على الميراث التلف، إذا حمل ثلث الأمة، لأن العتق منعه، والا بيعت وقسمت.

فرع

قال: اذا قال عند العقد: رضيت بالشروط ولا ألتزمها الا بعد البناء، (فبنى بخلافها فأنكرت عليه امرأته فقال: إني قلت: لا التزمُها الا بعد البناء)[2] فقالت: ما بيّن لي هذا. لا يلزمها النكاح، وان التزم الشروط الآن، إلا أن يكون في المجلس قبل الافتراق، وان رضيت بسقوط الشروط لا ينفع بعد الطول على المشهور في اشتراط رضًا المرأة في القرب، قال: والأظهر هاهنا: البطلان مطلقا، لعلم الزوج والولي بأن[3] المرأة لها الخيار اذا اطلعت.

فرع

قال: اذا اشترطت: إن تَسَرَّى عليها فهي حرة، وله أم الولد، إن لم تعلم بها عتقت عليه، لأن المقصود أن لا يشاركها غيرُها، وإن شرطت ان السرّية[4] صدقة عليها، قال ابن القاسم: الشرط باطل، لأن الصدقة لا يُقضى بها ولو كانت لمعيَّن، ويفسخ قبل البناء لتأثير الشرط في الصداق، وابن دينار يلزمه الشرط.

---

(1) (ي): العقد.

(2) ما بين القوسين سقط من (ي).

(3) (د): فإن... اذا طلقت.

(4) (د): سريته.

فرع

قال: اذا زَوَّج أمته بشرط إن رأى ما يكره فأمرها بيده: إن اراد ما هو ضرر صح العقد والشرط والتمليك، أو ما يكرهه هو باختياره وإن لم يكن ضررا عند الناس، فأربعة أقوال: يكره عند ابن القاسم، فإن وقع جاز ولزم التمليك: لقوله[1] عليه السلام: (**إن اولى الشروط أن يوفى بها ما استحللتم به الفروج**) والكراهة لأصبغ، وقال عبد الملك: يصح العقد ويبطل[2] الشرط لمعارضته للعقد، والرابع: إن دخل بها سَقَط الشرط، والأخير[3] المشروط، فإن تركه والا[4] فرق بينهما، وكذلك الخلاف إذا قالت المرأة: إن رأيتُ ما أكره إلا الجواز ابتداء دون كَراهة.

فرع

قال: اذا اشترطت عليه النفقة على ابنها الصغير: قال ابن القاسم: يبطل الشرط وتُعطى صداق المثل لما وضعته لأجل الشرط، ويفسخ قبل البناء للجهل بالنفقة، فلعله لا يعيش، قال: وعلى قوله: لو ضرب أجلا صَحَّ، وله الرجوع بنفقته على المرأة إلى حين الفسخ، أو تصحيحه بصداق المثل، وقال أصبغ: لا يصح إذا طرحت الشرط، والمشهور خلافه.

---

(1) تقدم تخريجه.

(2) (ي): وسقط.

(3) (ي): المسترط.

(4) (ي): مالا.

فرع

قال: واذا قال: ان اخرجتك من بلدك فأمرك بيدك، ثم أراد ذلك فقالت: رددت عليك أمرك وأسقطت الشرط، قال مالك: لا شيء عليه، ولا يقضى بعد ذلك بشيء، لأنه حق لها أسقطته.

فرع

قال: إذا قال له: طلق الأمة ولك علي مائة صداق حرة إن اردت الزواج، ففعل، ثم طالت المدة فعتقت وردَّها وقد مات القائل، قال مالك: ان تقادم الأمر فلا حق له في ماله، وإلاَّ وَجَبَ لأنه ليس هبة تبطل بالموت (بل بحق الطلاق وتحاصص به الغرماء في الموت والفلس، وروي عن ابن القاسم: هي هبة تبطل بالموت[1] وكذلك اختلفوا إذا أعطاه دارا له على أن يسلم: هل ذلك لإسلامه أم لا؟ قال: والأظهر: أن له الحق تقادم ام لا. وفاء بالشرط، أما لو قال: ان فعلت لي كذا زوجتك، منع اتفاقا لأنه جُعل لا يلزم.

فرع

قال: اذا تزوجها وبَنَى بها ومعها ابنةٌ صغيرة عالماً بها، ليس له اخراجها، وان كان لها ولي يحضنها، لأن علمه رضا بها، وان لم يكن له ولي يحضنها، سواء علم ام لا، ويخير بين الإقامة والطلاق، قاله مالك، وقال عبد الملك: إن علم بها ولها ولي فله اخراجُها، لأن السكوت رضا

(1) ما بين القوسين سقط من (ي).

بالحالة الحاضرة دون المستقبلة، قال مالك: ولا يمنع أخو المرأة من زيارتها إلا أن يتبين افساده لها فيمنع بعض المنع، لأن صلة الرحم واجبة.

فرع

قال: إذا تزوج أمة على أنه ان تزوج عليها فأمرها بيد مواليها، فهلك مولاها فبيد ورثته أو وصيّه دونها، لأن الحق لم يكن لها، ولو جعله بيد غير مَواليها انتقل لها لأنه[1] يؤمئذٍ حق لها، فإن كانت حرة وجعل أمرها بيد ابيها إن تزوج فتزوج فأراد الأب الفراق وكرهته البنت: قال ابن القاسم: ينظر السلطان في ذلك ويتّبع المصلحة، وقال مالك: القول قولها.

فرع

قال: ان شرطت عليه يوم يدخل عليها. فأمر امرأته بيدها، أو هي طالق، ودخل بها وهي بائن، ثم صالحها لا يلزمه شيء، قاله ابن القاسم: لأنه انما التزم ذلك في ذلك اليوم، وقد تعذر شرعًا بالبينونة، قال: قولُه هذا بناء على مراعاة اللفظ، وأما مراعاة المعنى فيلزمه، لأن المقصود: عدم الاجتماع معها.

فرع

قال اذا شرط: إن كان حرًا ثبت النكاح والا فلا، يُوقف عنها دَخَل ام لا، ويعمل بمقتضى الشرط، فان عتق بعد الإشتراط وقبل العلم فسخ النكاح لإنتفاء الشرط في نفس الأمر، ولها الصداق بالبناء، وليس هذا اختيارا في العقد، بل اختيار لحال الزوج.

---

(١) هنا وقعت في (ي) طفرة انتقل بها إلى صفحة 22 وقد نبهنا عليها فيما سبق.

فرع

قال: اذا اشترط: أمر التي يتزوجها بيدها. فحنث: قال ابن القاسم: لا يتزوج عليها ابدا، فإن تزوج فسخ لعدم استقرار النكاح.

فرع

قال: قال ابن وهب: كلُّ ما اشترطه الأب على ابنه الصغير من الطلاق والعتاق لازم له عند الكبَر، لأن الشرع أقام الأب مقام الإبن في التصرف، وقال ابن القاسم: لا يلزمه إلا أن يعلم بها فيدخل عليها، فإن للأب مندوحة عن الشرط فلا ينفذ تصرفه فيها عليه، بخلاف العقود، فإن اختلف هو وأهل المرأة هل شَرَطَ ذلك حالةَ الكبر أو الصغر، ولم يأت ببينة فالقولُ قولُه مع اليمين، لأنه مدعي الإسقاط، والذي يحلف من اهلها: الأب والوصي دون غيرهما، فإن نَكَلا حلف الزوج وكان ذلك كالبينة ولو لم يدعيا ذلك، وقالا: لا عِلْمَ لنا، حَلَفَت المرأة كما تحلف في الإنفاق، فإن امتنع بعد البلوغ من الإلتزام لم يلزمه النكاح، ولا شيء من الصداق إلا ان ترضى المرأة بإسقاط الشروط، فإن دخل بها قبل البلوغ أو قبل العلم سَقَطت عنه للفوات بالدخول، وفي كتاب محمد: ان لم ترض قبل البناء قيل له: إما أن ترضى وإما أن تطلق، فإن طَلَّق فعليه نصف المهر، فإن شرط الأب أو الوصي للصغيرة: ان أمر نفسها بيدها، فتزوج عليها وهي صغيرة إن عرفت الطلاق فالخيار لها[1] في ذلك والا انتظر تعقلها، فإن اشترطا: أن أمر التي يتزوجها بيدها، فتزوج عليها وهي صغيرة لا

---

(١) (ي): له.

تعقل فسخ[1] لعدم استقراره، لتعليقه على اختيار مَن لم يعلم حاله في المستقبل، فإن كانت تعقل[2] فلها الخيار.

فرع

قال: فلو شرط ابو النصرانية: ان أسلم زوجها فأمرها بيدها أو بيدي، فأسلم سقط الشرط، لأن شروط الكفر لا تلزم بعد الإسلام، كانت مما يلزم المسلمين أم لا، كالطلاق والعتاق.

الفصل الثامن: في العقد على جماعة دفعة. وفي الكتاب: يجوز جمع النساء في عقد واحد ان سمَّى لكل واحدة صداقها والا فلا، قال اللخمي: وجوزه أصبغ وان لم يسم، قال: وهو أحسن، لأن النكاح مكارمة، فلا عِبْرَة بالجهل بحصة الصداق، فإن قال: لا أتزوج هذه الا بشرط أن تزوجني الأخرى بمائة، فإن كان صداق المثل فيهما على انفراد جاز، فإن أصدقها ستين على أن تكون بينهما بالسوية، وصداق مثل إحداهما أربعون، والأخرى عشرون (يطلق قليلة الصداق قبل الدخول، يرجع عليها بعشرة، ويبقى بيدها عشرون)[3] عشرة منها لصاحبتها، وإن طلق الأخرى أخذ منها خمسة عشر، ومن صاحبتها تمام العشرين، قال صاحب **النكت**: قال بعض القرويين: اذا تزوجها في عقد ولم يسم لكل واحدة صداقها وفات: قسم المسمى بينهما على قدر صَداق مثلها، ولا يلحق بالغرر فيبطل، أو يتعين صداق المثل، كجمع السلعتين في البيع إذا فاتا قسم المسمى، وقال غيره: إذا طلق قبل البناء أو مات، لا شيء لها للجهالة،[4] والأمتان

---

(1) (فسخ) سقطت من (د) ولا بد منها.

(2) (ي): لعقد.

(3) ما بين القوسين سقط من (ي).

(4) (للجهالة) سقطت من (ي).

كالحرتين، ولا يستحب[1] ذلك لاتحاد الملك، وجوزه الأئمة ابتداء وان لم يسم كالسلعتين.

الفصل التَّاسع: في تداعيه، ولا يثبت ـ عندنا ـ الا بشهادة رجلين، وعند (ش) و(ح) بشهادة رجل وامرأتين، لنا: انه من أحكام الأبدان فلا تقبل فيه شهادة النساء، وفي **الكتاب**: اذا ادعى الرجل العقد على المرأة وأنكرته وادعت أنه غلبها، فلا يمين على المنكر، لأنه لا يقضي عليه بالنكول، وان ادعاها رجلان وأقاما بينتين ولم يعلم الأول، فسخ عقدهما بطلقة لتحل يقينًا، وافقتها أو أحدهما ام لا، ولا يقضَى بأعدل البينتين بخلاف البيوع، احتياطا لأحكام الأبدان.

قال ابو الطاهر: في القضاء بأعدل البيتين اقوال: ثالثها: التفرقة بين البياعات والنكاحات، وقيل: لا يفسخ بطلاق، بل يوقف، فان تمادى الفراق لزمت طلقة، فإن تزوجها فلا، قال ابن يونس: قال محمد: اذا أقرت لاحدهما فهي له لترجحه، وانما يصح القضاء بأعدلها كما قاله سحنون إذا اتحد المجلس واللفظ، وفي **الجواهر**: اذا أتى احد الزوجين بشاهد: ففي تعلق اليمين بالآخر خلاف، ثم إن نَكَل لم يثبت النكاح ولا يُحبَسُ، ويغرم الصداق، قال ابن القاسم: لا ينتظر إلا أن يدعي بينة قريبة، ويرى لدعواه وجه، فإن عجز ثم جاء بها وقد نكحت او لم تنكح فقد مضى الحكم، ومن ادعى زواج امرأة رجل قبله، وأتى بشاهد فليعزل عنها حتى يكمل البينة إن ادعى امرًا قريبًا، فإن لم يكمل لا يحلف واحد منها، قال اشهب: إذا أقام بينة وأقامت بينة أن فلانا زوجُها، وفلان منكر، وجهل التاريخ، يفسخ النكاحان ما لم يقع الدخول لأحدهما فهي له، ويقيم الآخر البينة أنه الأول، قال اشهب: واذا أقام بينة هي تنكر، واقامت أختها بينه أنه زوجها وهو منكر، وجهل التاريخ، فسخ النكاحان،

(١) (ي): ولا تستلحق.

قال محمد: لإنكاره نكاح الأخرى، فلو أقرأنها الأخيرة لقبل قوله، لأن البينة لا تكذبه، ولا ينفعه جحود مدعية السبق، لأن البينة اثبتت نكاحها.

فرع

قال مالك: تكشف البكر للشهود على رؤيتها عند العقد، قال محمد: وعلى قولها إن كانت ثيبًا، او صمتها إن كانت بكرًا، واذا ادعت النكاح على ميت وأقامت شاهدا واحدا: قال ابن القاسم: تحلف وترث، لأن الميراث مال، ومنعه أشهب حتى يثبت النكاح، لأنه فرعه، ولو أقر في صحته بامرأة ثم مات، ورثته بإقراره ان كان طارئًا[1] والا فخِلاف، إلا أن يكون معها وَلَدٌ أقرَّ به فيلحق به ويرثه، وكذلك لو أقر بوارث غير الزوجة لجرى الخِلاف، وإقرار أبي الصبي أو الصبية مقبول عليهما لأنهما أقيما مقامهما، وإقرار المحتضر بامرأة سماها بمكة مقبول، وكذلك المحتضرة، واذا قال لامرأة: ألم أتزوجك أمس؟ فقالت: بَلَى. ثم جَحد، فاستفهامه إقرار، ولو قال: تزوجتك، فأنكرت، ثم قالت: بلى تزوجتني، فقال: ما تزوجتك، فلا[2] يلزمه النكاح بهذا، وقولها: خالعني او طلقني، وقوله: اختلعت مني اقرار منهما، وكذلك قوله: اختاري، أو أمرك بيدك في الطلاق، قاله ابن سحنون، وكذلك: أنا منك مظاهر، بخلاف أنتِ عليَّ كظهر أمي، فإن الأجنبية كذلك.

فرع

قال صاحب البيان: قال ابن القاسم: اذا قامت البينة على إقراره بالزوجية في حياته وصحته، والصداق كذا، ثبت ذلك إن كانت في

---

(١) (ي): كاذبا.

(٢) (ي): لم يلزمه النكاح بهذه.

عياله، وحوزه، وإن كانت منقطعة عنه في أهلها لم يقبل إلا ان يقيمها على إقراره في حياته، لأن انقطاعها ريبة، فإن تقارا جميعًا ولم تكن في حوزه: فقال ابن القاسم: يتوارثان اذا اشهد على ذلك وتقادم.

فرع

قال ابن القاسم: اذا قال في مرضه لمن عرفت مملوكته: أشهدكم اني أعتقتُها في صحتي وتزوجتها، وهي الآن طالق، ولا بينة على ذلك في الصحة، فلا يثبت ذلك ولا الميراث، لأن النكاح لا يثبت الا بعد العتق، والعتق لا يثبت بالإقرار في المرض، ولم يقل: امضوا هذا العتق، فإن صح لزم العتق والطلاق، والقول قوله في الصداق. وفي الإقرار بالعتق في المرض ثلاثة أقوال: أحدها: ما تقدم، وفي المدونة: ان كان ورثته ولدا اعتق من رأس المال، أو كلالة لم يعتق مطلقا للتهمة، ولمالك ايضا: ان كان الوارث ولدًا فمن رأس المال، والا فمن الثلث، فيجري الصداق والميراث على هذا الخلاف، والصداق من رأس المال إذا اعتقت منه أو من الثلث إن أعتقت منه.

فرع

قال: إذا ادعت الثلاث وهي بائنة منه، ثم أكذبت نفسها لم تمكن منه قبل زوج، أو هي في عصمته ثم خالعها فقالت: كذبت، وأردت الراحة منه، صدقت ما لم تذكر ذلك بعد البينونة، وإن أكذبت نفسها بعد موته فلها الميراث عند ابن القاسم، وقيل: لا ميراث لها للتهمة، وقال سحنون: تصدق في الميراث دون الرجعة في الحياة، وفي تصديقها مع الشاهد الواحد حال الحياة قولان لابن القاسم، وقال: إن نَكَلت لم تُمنع من الرجوع إليه، قال: والقياس المنع كالنكول.

فرع

قال: إذا لم تكن تحت زوج وهما طارئان، وعجز عن اثبات ذلك: حلفت، لأنها لو أقرت كانت زوجة، وقيل: لا تحلف، لأنها لو نَكَلَت لم يثبت النكاح، قال: والقياس: إذا نَكَلت يحلف الزوج ويثبت النكاح.

القطب الخامس في مقتضاه، وهو يفيد جواز الوطء. قال صاحب (القبس): والوطء عند مالك واجب على الرجل للمرأة في الجملة[1] اذا انتفى العذر، وقاله ابن حنبل، وقال (ش): لا يجب إلاَّ مرة واحدة. لنا: الاتفاق على إلزامه في الإيلاء.

قاعدة: العقود كالنكاحات والإجارات تتناول جميع الأزمان إلا ما استثناه العُرف،[2] كزمان الأغذية وقضاء الحاجات وغير ذلك، او استثناه الشرع كأوقات العبادات، وزمان سماع الخطبة على من تجب عليه الجمعة، وفيه فصلان:

الفصل الأول: فيما يباح من الزوجة، وفي الجواهر: عقد النكاح يبيح كل استمتاع الا الوطء في الدبر، وقاله الأئمة، ونسبته إلى مالك كذب، قال ابن وهب: قلت لمالك: انهم حكوا عنك حله، فقال: معاذ الله، أليس انتم قومًا عربًا؟ قلت: بلى، قال: قال الله تعالى: ﴿نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ﴾ (البقرة: 223) وهل يكون الحرث إلا في موضع الزرع (أو موضع النبت؟ وقال اسرائيل[3] بن روح: سألته عن إتيان النساء في أدبارهن، فقال: ما أنتم قوم عرب؟! هل يكون الحرث الا في موضع الزرع)؟[4] ألا تسمعون الله يقول: ﴿نِسَاؤُكُمْ

---

(1) (في الجملة) سقطت من (ي).

(2) (ي): العرب، وهو تصحيف.

(3) قال الذهبي (الميزان 208/1): اسرائيل بن روح الساحلي يروي عن مالك، لا يُدرى مَن ذَا.

(4) ما بين القوسين سقط من (ي).

حَرْثٌ لَكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ﴾: قاعدةً وَقَائِمةً وعلى جَنبها، ولا يتعدى الفرج، قلت: يا أبا عبد الله: إنهم ينقلون عنك حله، فقال: يكذبون عليَّ، يكذبون عليَّ، يكذبون عليَّ، رواه الدراقطني، وقال له علي بن زياد: يا أبا عبد الله عندنا قوم بمصر يحدثون عنك انك تجيزُ الوطء في الدبُر، فقال: كذبوا علي، فالروايات متظافرة عنه بتكذيبهم وكذبهم عليه، وعُزي إلى (ش)، ونقَل المازِني تكذيبه لذلك كمالك، وظاهر الآية يقتضي التحريم خلاف ما يتوهمه[1] المعنى، لقوله تعالى: ﴿نِساؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ﴾ والمبتدأ يجب انحصاره في الخَبَر، كقوله[2] عليه السلام: (تحريمُها التكبيرُ، وتحليلُها التسليم) و(ذكاة[3] الجَنين ذكَاةُ أمه) فلا يحصل تحريم بغير تكبير، ولا تحليل بغير سلام، ولا ذكاة الجنين بغير ذكاة أمه، ولا النسل في غير حالة الحرث الذي هو الفعلُ المفضي الى النسل، وروى ابن ماجه: قال[4] عليه السلام: (لا ينظُرُ الله إلى رَجُل جَامَع امرأته في دُبُرها) وروى[5] قال عليه السلام: (إن الله لا يستحيي من الحق لا تأتوا النساء في أعجازهن) وروى الزمدوني[6] قال عليه السلام، (من

---

(1) كذا.

(2) هو جزء من حديث رواه الترمذي في الصلاة، باب ما جاء في تحريم الصلاة وتحليلها، عن ابي سعيد، وله شواهد عند ابي داود عن علي بن ابي طالب، في الطهارة، في باب فرض الوضوء، وسنده صحيح.

(3) ابو داود في الأضاحي، باب في ذكاة الجنين، ورواه الدارمي في (السنن) في الذكاة، عن جابر بن عبد الله، وهو صحيح.

(4) في النكاح، والترمذي في الرضاع، باب ما جاء في كراهية اتيان النساء في ادبارهن، عن ابن عباس، وهو حسن.

(5) كذا في النسختين. والحديث رواه ابو يعلى الموصلي في (المسند) عن عُمر. باسناد جيد بلفظ: استحيوا فان الله... ورواه ابن ماجه في (السنن) والنسائي كذلك عن خزيمة بن ثابت باسانيد احدها جيد كما قال المنذري في (الترغيب والترهيب).

(6) كذا في (ي) وفي الأصل: الزيدوي. وهو مصحف والحديث رواه الترمذي في الطهارة، باب في كراهية اتيان الحائض، عن ابي هريرة، ورواه ابن ماجه في الطهارة =

أتَى حائضًا او امرأةً في دبرها أو كاهنا فصدَّقهُ بمَا يقول، فقد كفر بما أنزل على محمد) ولأن الشرع إنما حرم اللواط والاستمناء[1] ليلا يستغنى بهما عن الوطء الموجب للنسل الموجب لبقاء النوع والمكاثرة لرسول الله صلى الله عليه وسلم بأمته، وهذا المعنى قائم هاهنا، فيحرم لاندراجه في قوله تعالى: ﴿ويُحَرِّمُ عَلَيْهِم الخَبَائِثَ﴾ (الأعراف: 157) وتلطخ الإنسان بالعذرة من الدبر من أخبث الخبائث، ولا يميل إلى ذلك في الذكور والإناث الا النفوس الخبيثة، خَسيسة الطبع، بهيمية الأخلاق، والنفوس الشريفة بمعزل عن ذلك.

تفريع: في الجواهر: الوطء في الدبر كالوطء في القُبل في إفساد العبادات، وإيجاب الغسل من الجانبين، ووجوب[2] الكفارة، والحد، والعدة، وحرمة المصاهرة دون التحليل والإحصان، واختلف في تكميل الصداق به.

فرع

في البيان: قال ابن القاسم: لا بأس أن يكلم الرجل امرأته عند الجماع ويعريها، وقال القاسم بن محمد، وقد سئل عن التخير[3]، فقال: اذا خلوتم فاصنعوا ما شئتم، وكرهه صاحب البيان، وأجاز أصبغ: النظر إلى الفرج عند الوطء[4] من الجانبين.

الفصل الثاني: في العَزل. في الجواهر:[5] لا يجوز عن الحرة الا

= والدارمي في (السنن... 1/259).

(1) استخراج المني باليد ونحوها.

(2) (ي): ايجاب.

(3) كذا الاصل وفي (د): النجير، والكلمة غير واضحة ومصحفة، ولعلها: التجبين.

(4) في (ي)... إلى الفرج عند الوطء. وفي (د): إلى الفرج لا هو له من الجانبين.

(5) (في الجواهر) سقطت من (ي).

بإذنها، لأنه يخل بوطئها، ولها حق في الوطء وكماله، ولا عن الأمة الزوجة الا بإذن أهلها دون إذنها، لأن زواج الرقيق حق للسادات لأجل مالية النسل، ويجوز عن السرّية بغير إذنها إجماعا لعدم حقها في الوطء، وأصله: ما في الموطأ[1] قال ابو سعيد الخدري: (خرجنا معه عليه السلام في غزوة بني المصطلق، فأصبنا سبيًا من سَبي العرَب، واشتهينا النساء واشتدت علينا العُزبة وأحببنا الفداء فأردنا أن نعزل، فقلنا: نعزل ورسول الله صلى الله عليه وسلم بين أظهرنا قبل أن نسأله؟! فسألناه عن ذلك، فقال: (ما عليكم أن لا تفعلوا، ما من نَسَمَه كائنةٍ إلى يَوم القيامةِ إلاّ وهي كائنة)، قال صاحب القبس: اجتمعت الأمة على جوازه، واذا قبض الرحم المني فلا يجوز التعرض له، وأشد من ذلك اذا تخلق، وأشد منه اذا نفخ فيه الرُّوح، فإنه قتْل نَفْس إجماعا.

الباب[2] الثاني

في أسباب الخيار، وهي ثلاث:

السبب الأول: العيوب ، وفيه فصلان:

الفصل الأول: في عيوب النساء وفيه نظران:

النظر الأول: في الموجب، وفي الكتاب: ترد النساء بالجنون، والجذام، والبرص، وداء الفرْج، لما رُوي[3] أنه عليه السلام (تزوج امرأة من بني بياضة، فوجد بكشحها بياضًا فردها، وقال: دلستم عليّ) وروي عن

---

(1) في الطلاق، باب ما جاء في العزل، ورواه البخاري في العتق، باب من ملك من العرب رقيقا، ومسلم في النكاح، باب حكم العزل.

(2) (د) الفصل الثاني.

(3) رواه احمد في (المسند 493/3) والبيهقي في (السنن الكبرى 214/7) عن كعب بن عجرة. قال ابن حجر في (بلوغ المرام): في سنده مجهول، وقد اختلف فيه عن شيخه اختلافا كثيرا، ويلاحظ ان الحديث فيه ان المرأة: العالية من بني غفار، وليس فيه قوله: دَلستم علي.

عمر وعثمان وعلي وغيرهم من الصحابة رضوان الله عليهم: رد النساء من هذه العيوب الأربعة، ولا مخالف لهم، فكان اجماعا، ووافقنا (ش) وابن حنبل، وقال (ح): لا ترد بعيب البتّة، لقول ابن مسعود: لا ترد المرأة بعيب، وجوابه: تخصيصُه بغير مورد السنة جمعًا بينهما، وقياسًا على الجب والعنّة في الرجل، وفي الجواهر: الجنون: الصرع والوسواس الذي ذهب معه العقل، والجذام: ما ينفر، وان كان قليلا، وقال ابن حنبل، واشترط (ش) تفاحشه حتى لا يَقبلُ العلاج[1]، لنا: انه منفر، فيمنع الوطء، ولأنه يظهر في النسل.

فرع

قال اللخمي: ترد اذا اطلع ان احد الأبوين كذلك، لتوقعه في الذرية، قال: ورأيت امرأة كان أبوها أجذم ولم يظهر فيها وظهر في عدد من وَلَدها، وفي الجواهر: ترد المرأة بالبرص، ولو خيط، وقاله ابن حنبل، وخالف (ش) كما تقدم في الجذام، وسوّى ابن القاسم بين الرجل والمرأة فيه، وروى أشهب عدَم اعتباره في الرجُل وإن عظم، فإن النفرة من المرأة لا تمنع التمكين، ويمنع تعاطي الوطء من الرجل، قال اللخمي: يعتبر الجنون ولو كان في الشهر مرّة، وترد بالبَخَر، خلافًا للأئمة، لأنه منفر، وقاسوه على الجرب والصّنان، والفرق: أنه أفحش بشهادة العادة، وبالإفضاء، وهو اختلاط مسلك المني ومسلك البول، وقال ابن حبيب: ترد بالقرع[2] الفاحش لتنفيره كالبرص، ومنع ابو الوليد قياسًا على الجَرَب، قال ابو الطاهر في الرد بنتن الفرج والقرع[2] والسواد قولان، والمشهور: الرد، وألحق اللخمي البَخَر في الفم والأنف.

---

(1) (العلاج) مكانها بياض في (ي).

(2) كذا الاصل، وفي (د): الفرع، ولعله: الفدَع، وهو اعوجاج الرسغ من اليد او الرجل حتى ينقلب الكف او القدم.

فرع

قال اللخمي: يردها إذا وجدها عذيوطة[1] وهي التي تُحدث عند الجماع، وقال (ش) وابن حنبل: فإن تداعياه: قال ابن المعذل: يطعم احدهما تينا والآخر فقوصا. وخرج الحنابلة عليه: الناسور والقروح السائلة في الفرج، ومنعوا في البخر.

فائدة: قال الجوالقي فيما تغلّط فيه العامة، يقولون: العضروط للذي يُحدث في الجماع، وانما هو العدبوط بكسر العين وفتح الباء بواحدة من تحتها والدال والواو ساكنين، والعضروط الذي تقول له العامة هو الذي يَخدُمُك بطعامه، وجمعه عَضَاريط وعَضارطة. وفي الكتاب: ما عَلم أهل المعرفة انه عيب في الفرج رُدت به، وإن جُومِعت معه، فإن المجنونة قد تَجامَع، قال اللخمي: الرتق والقَرن أربعة أقسام: ما لا ضرر عليهما في قطعه ولا عيْبَ في الإصابة بعده، فالقول قول من دَعَا إلى القص ، فإن طلق بعد رضاها بالقطع تَشَطَّرَ الصداق، والا فلا شيء عليه، وما يَضرها ولا عيب فيه فالخيار لها دونه، وما لا يضر ولا يعيب[2]: فالخيار له دونها فإن أحب لزمها، وإن فارق فلا شيء عليه، وما يضر ويعيب: فلكل واحد منهما ان يمتنع، قال ابن يونس: وفي كتاب محمد: اذا كان الرتق من الختان أزيل وان كرهت، اذا قال النساء: لا يضرها، قال أصبغ: إذا أقامت للعلاج نحو السنة وهُوَ يَستمتع بها فلها جميع الصداق، كالعنين، وفي الرد بالسواد والقرع والبَخَر والخشم وهو نتن الأنف قولان، قال:

---

(1) (ي): عزيوطة، وهو تصحيف، وفي (اللسان) مادة (عزط): العُذْيوط والعِذْيَوْط: الذي اذا أتى اهله ابدى أي سَلَح أو أكسَلَ، وجمعه: عِذْيَوْطون... والمرأة عِذْيَوْطَة الخ.

(2) (ي): بعيب.

وأرى رَدَّها بالصغر نحو خمس سنين لامتناع الوطء كالرتقاء. والصبر إلى البلوغ ضرر، وكذلك الهرم المفرط، والمستحاضة، ولم يجعل مالك الكفر عيبا في الزوجين، واختلف إذا قال لها: أنا نصراني، فقال: لها الرد، وقال ربيعة: الإسلام ليس بعيب، وفي الجواهر: قال ابن حبيب: له الرد بالسواد وإن لم يشترطه إذا كان اهلها بيضاً، لأن ذلك كالشرط، قال ابو الوليد: فعَلَى هذا يكون عارفا بأهلها والا فلا.

فائدة: من التنبيهات: العَفَل بفتح العين المهملة وفتح الفاء في النساء كالأُدْرة في الرجال: لحم يبدُو من الفرج، وقال غيره: رغوة في الفرج تحدث عند الجماع، والقَرْن بفتح القاف وسكون الراء مثله. وقد يكون خلقة، وقد يكون عظما، وقد يكون لحما، والرتق بفتح الراء: التصاق موضع الوطء.

فرع

قال ابن يونس: اذا أكذبته في داء الفَرج صُدقت، لأن الأصل عدمه، ولا ينظر اليها النساء، لأن النظر جُرحَة في الشاهد، فإن شهد امرأتان جازت شهادتهما، وقال سحنون: ينظر اليها النساء لضرورة دفع الخصام والضرر، وفي التنبيهات: روَى ابن ابي زمنين: لفظ المدونة يقتضي نظر النساء، وقال ابن كنانة:[1] هو مذهب مالك لقوله في الكتاب: ما علمه اهلُ المعرفة من داء الفرج، قال ابو الفضل: وفيه نظر، لأنه يمكن بقاؤهما عليه ويسأل عنه الناس.

---

(١) (د): ابن لبابة.

فرع

قال ابن يونس: قال مالك وأصحابه: ما حدث بها عند الزوج من العيوب الأربعة، فلا خيار لها، وقاله (ش)[1] قياساً على عيوب البيع، قال محمد: وما حدث بعد العقد من البرص الفاحش فلا خيار لها، وخالف ابن حبيب وابن حنبل نفيًا للضرر عنها، وقياسًا على الإجارة، قال صاحب البيان: يفرق بينهما بالجذام البيّن حدَث قبل العقد أو بعده، ولا صداق إلا أن يدخل، وقال أشهب: لا يفرق بينهما إلا ان يتفاحش، ولا يحتمل النظر إليه.

فرع

قال: فإن رضيت بالمقام معه ثم كرهته[2] فثلاثة أقوال، قال ابن القاسم: ليس لها إلا أن يريد، وقال ابن وهب: لها نفيًا للضرر، لأنه لا تؤمن زيادتُه (وقال أشهب ذلك، وان امنت زيادته).[3]

فرع

وفي الجواهر: ما حدث بعد العقد ففيه أقوال: ثالثها: التفرقة بين ما تخشَى زيادتُه من البرص ومالا فلا، ورابعها: التفرقة بين كثير البرص وقليله.

---

(1) (ش) مكانها بياض في (د).

(2) (ي): حرمت.

(3) ما بين القوسين سقط من (د).

فرع

قال: فإن ادّعى الأب حدوثه بعد العقد فالقول قولُه إن كان التداعي بعد الدخول، لأنه مدَّعى عليه الرد، وإلا فالقول قول الزوج، كقول المشتري قبل القبض، والمشهور: أن الأيمان في هذا كله على البت من الأب والزوج وغيرهما، وفي الجواهر: إن تداعيا تقدمه على العقد في المرأة: فالبينة على الزوج، فإن تعذرت: قال مالك إن كان الولي أبًا أو أخًا عليه اليمين، أو غيرهما فاليمين عليها، فجعل محل الغرم محل اليمين.

فرع

قال ابن يونس: قال مالك في المدونة: يؤخر في الجنون بعد العقد سنة لعلاجه، فإن صح والا فرق بينهما، والأجذم لها مفارقتُه بخلاف الأبرص، لكثرة أذية الجُذام، وقال ابن القاسم:[1] إن كان يُرجى علاجُ الأجذم أجل سنةً.

فرع

قال: فإن علم بعيبها ثم دخل[2] فلاَ خيار له لِرضاه، وكذلك إن علم بعد البناء فأمسكها، فإن أنكر العلم حَلَف، وان ادَّعَت المسيس بعد العلم وأنكره حَلَف، لأن الأصل عدمُه، فإن نَكَلَ حَلَفت.

(1) (ي): ابن يونس.

(2) (ثم دخل) سقطت من (ي).

فرع

قال اللخمي: إذا قال الولي: هي سالمة، قال ابن القاسم: ليس بشرط، وقال اصبغ: شرط، ولو قاله أجنبي بحضرة الولي وهو ساكت فهو غَرَر، وفي الجواهر: قال أبو محمد: ولو كتب في العقد: صحيحة العقل والبدن، ليس بشرط لأنه تلفيق الوثاقة، ولو قال: سليمة البدَن، فهو شرط، لأن العُدولَ عن اللفظ المعتاد يشعر بالشرطية، وفي الكتاب: لا ترد بغير العيوب الأربعة إلا أن يشترطه، لأن النكاح انما يقع بعد الفحص، فكان الأصل أن لا ترد بعيب البتة، صوناً للحرائر عن بذلة الرد، ولذلك لم يجُز اشتراط الخيار، ولأنه مفرط بعدم الاشتراط.

تنبيه: في الجلاب: إن تزوجها في عدتها جاهلاً ودخل بها فعليه ردها، وهو بمنزلة العيوب التي ذكرناها، قال الشراح: يريد في الرجوع بالصداق على الولي، قال الأبهري في شرح المختصر: لأنه منعه من استدامة الوطء، والصداق مبذول للإستدامة، ولو لم يعلم الولي بذلك رجع عليها، لأنها غرته، ويترك لها ربع دينار، (وتحرم عليه أبدا لأنه مصيب في العدة، فإن فرق بينهما قبل الدخول جاز أن يتزوجها بعد ذلك بعقد جديد)[1].

النظر الثاني: في الموجب، وفي الكتاب: يسقط الصداق ان لم يبين لأنه فائدة الرد وإن بنى فلها، ويرجع به على وليها إن كان ابا أو أخا أو مَن يعلم ذلك منها لأنه غره، ولا يرجع الولي على المرأة لأنها استحقته بالبناء، وإن كان ابن عم أو مَن لا يظن به علم ذلك: فلا شيء عليه، ويرده إلا رُبع دينار، لأنه حق لله تعالى، وقال (ش): يسقط قبل المسيس

(١) ما بين القوسين سقط من (ي).

وبعده، وترجع بعده إلى صداق المثل، لأن مقتضى الفسخ تراد العوضين، ولا يرجع على الولي، لأنه وكيل، ويرجع عليها إن غرت، ووافقنا ابن حنبل، لنا: قول عمر وعلي رضي الله عنهما: ايُّما رجل نَكَح امرأة وبها جنون أو جذام أو برص فمسها فلها صداقها. وذلك لزوجها غرم على وليها، من غير مخالف لهما فكان اجماعًا.

تنبيه: في الجلاب: اذا اطلع على عيبها فطلقها واختار ردها قبل الدخول فلا شيء لها، قال الشراح: هذه العبارة تجوُّز، لأن بعد الطلاق يتعذر الرد، بل معناه: فردها وطلقها بالرد.

فرع

قال ابن يونس: اذا كان الولي معدمًا، أو مات دون شيء، لم يرجع على المرأة. قاله ابن القاسم، وقال ابن حبيب: يرجع عليها إن كانت ملية أو على أولها يسرًا إن كانت عديمة كالضامن مع المضمون عليه[1]، قال محمد: إن علم البعيد ذلك منها، رجع عليه بالإقرار أو بالبينة، ويحلف إن ادعى الزوج عليه بأمر علمه، فإن نَكَلَ حلف: لَقَد عَلم وغرني، فإن نَكَلَ فلا شيء له عليها، لإقراره بغرر[2] الولي.

فرع

قال: فإن زوج الأخ البكر بإذن الأب، فالغرم على الأب، او الثيب فعلى الأخ لانتفاء الإجبار، وان زوج غير ولي غارا رجع عليه، إلا ان يعلم انه غير ولي، كالموكل على البيع، ويعلم المشتري الوكالة.

---

(1) (د): عنه.

(2) (د) معرور.

فرع

قال: واذا رجع بالصداق لا يلزمه أخذ ما اشترته لشوارها، لأنها متعدية في تصرفها، قال ابن القاسم: إن لم يعلم بعيبها حتى طلقها أو ماتت لا يرجع بشيء، كالعبد المَعيب يباع قبل العلم.

فرع

في الكتاب: اذا غر الولي فزوَّج في العدة فسخ بعد الدخول وضمن الولي الصداق، وان كانت هي الغارة ترك لها ربع دينار، قال اللخمي: فإن غراه جميعا تخرج[1] في الرجوع بينهما، فإن رجع على الولي رجع عليها.

والمرأة والولي في العيوب على ثلاثة أقسام: قسم يحمل فيه على العلم كالجنون والجذام، وقسم يحمل فيه الأب فيه وحده على العلم كعيب الفرج الذي تطلع عليه الأم حالة التربية، وقسم يحمل جميعهم على الجهل فيما يخفى على الأم، او ماتت الام نفسها، او حدث بعد موتها كالعَفَل، او يكون من ذوي القدر فلا يخبر بعيب بابنته، وقال ابن حبيب: اذا اتهم الولي ورد اليمين عليه فنكل له الرجوع على المرأة خلاف ما تقدم، قال: وهذا اصوب لأنها تخفي عيبها فلا يضر الزوج عدوله عنها إلى الولي، فإن أمرته ان يخبر بعيبها فلم يفعل: رجع الزوج عليه ورجع عليها فيما بين الصحة والداء، وليس لها بيع معيب واخذ ثمن سالم، الا ان تكون عادتهم: لا يتركون من صداق لعيب، وفي الجواهر: اذا كان الولي القريب غائبا يخفى خبرها عليه: قال مالك وابن القاسم: لا غرم عليه بل على المرأة، قال ابن القاسم: بعد أن يحلف: ما علم، وروي عن مالك: عليه الغرم.

---

(١) كذا الأصل، وفي (د): يجر.

فرع

في الجواهر: فان فارق او مات احدهما او خالع ثم علم العيب بعد ذلك، بطل الرجوع ويغرم الزوج الصداق كالمبيع المعيب يفوت، وقال سحنون: يرجع الزوج على من غره، وان غرته رجع عليها، وان غرها رجعت بما خالعته به.

الفصل الثاني ، في عيوب الرجال : وفي الكتاب : قال ابن المسيب : للمرأة رد الرجل بالعيوب الأربعة ، وقاله (ش) وابن حنبل ، لقوله تعالى : ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ (البقرة : 228) قال مالك : ترده بالجب والخصاء بطلقة بائنة ، خلافاً لـ(ش) في كونه فسخاً كالبيع ، وجوابه : ان العقد صحيح فلا يدفع حكمه إلا الطلاق ، لأنه الواقع المجمع عليه وما عداه ممنوع ، ثم الفرق : ان الإملاك يؤثر الإختيار في اسقاطها بالإعراض عنها فأمر في رفعها بالإقالة والفسخ بخلاف النكاح ، قال : وعليها العدة بعد الدخول ان وطىء وإلا فلا ، وإن قطع ذكره دون انثييه وهو يولد لمثله : فعليها العدة ، ويلحقه النسب ، وإن علمت بعيبه قبل العقد أو بعده ومكّنته سقط قولها الا في العنة[1] لأنها ترجو علاجه ، قال الأبهري : ولها المفارقة بطلقة واحدة بائنة لا أكثر ، قال ابن يونس : ان فارقت قبل البناء فلا صداق ، لأن الفسخ من قبلها ، قال ابن الجلاب : الا في العنين لأنه غارٌّ لها ، قال ابن يونس : أو بعده فلها كمال المهر .

وعيوب الرجل اربعة: الجب: وهو قطع الذكر والأنثيين ـ والخصاء: وهو قطع احدهما، والعُنة: وهو فرط صغر الذكر ـ والاعتراض: وهو

(1) (د): الا في العنين وحده.

عدم القدرة على الوطء لعلة، ويسمى ايضا: عُنة، فإن العنة من الاعتنان والعنن ـ وهو الاعتراض ـ ومنه: عنان السماء بفتح العين، جمع عنانة، وهي السحابة المعترضة بين السماء والأرض، وقيل: لأن ذكره يعترض قبل المرأة وقيل: لأن الآفة عرضت له، وفي التنبيهات: الخصي: مقطوع الأنثيين فقط، والفقهاء يطلقونه على مقطوع الذكر والأنثيين.

فرع

في الكتاب: يضرب للمعترض سنة من يوم ترافعه، وقاله الأئمة وعمر وابن مسعود، لاحتمال تغير العلة في احد الفصول الأربعة، فان لم يصبها في الأجل، فلها الفرقة بطلقة بائنة خلافا لـ(ش) وابن حنبل، وتقدم جوابها، وتعتد لوجودِ مظنة الوطء ولحق الولد، ولها جميع الصداق لطول المدة وإخلاق الجهاز، وقيل: لها نصف الصداق لعدم الوطء، لِظاهر القرآن، قال ابن يونس: يضرب للعبد نصف سنة، لأن تحديد مدة النكاح عذاب، ويتشطر لقوله تعالى: ﴿فَعَلَيْهِنَّ نصف مَا عَلَى المُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ﴾ (النساء: 25) ولأنه مقرب من الفراق، وهو عذاب، وقيل: سنة، وقاله (ش)، لأن الضرب رفق به، وانتقال الأمراض في الفصول لا يختلف بالرق، والضرب هاهنا من يوم المرافعة[1] لأنه معذور بخلاف المُولي من يوم الحلف، ولأنه يقول: رجوتُ المسامحة فأخرتُ المعالجة.

فرع

قال: ولو اختلفا في العُنة فالقول قوله، وقاله (ش) خلافًا لابن حنبل، لأن الأصل: السلامة كعيب المبيع، واذا قال: جامعتُها في الأجل فكذلك،

(1) (د) الدفع، وهو تصحيف.

لأنها مدعية استحقاق الفراق، وقال (ش): القول قولها نظرًا للأصل، وقال ابن حنبل: البكر ينظر إليها النّساء، والثيب يقال: أخرج ماءك فإن العنين يَعجز عن الإنزال، فإن تنازعا في كونه منيًا وضع على النار فان المني يذوب، وفي الكتاب: يحلف فإن نَكَل فرق بينهما، فإن نَكَلت بقيت زوجة، ونَزَلَت في المدينة فأفتى فيها غير مالك بان يجعل الصفرة في فرجها وقيل: تجعل النساء معها، قال صاحب التنبيهات: الذي افتى بالصفرة هو ابن ابي صفرة، لكن بعكس ما في الكتاب، قال: تُجعل على ذَكَره وتلتمس في فرجها، وقال ابن كنانة[1] مفسرًا للكتاب: تبطح على ظهرها في الأرض ويكشف هو ما خلفها ليلا يجعل الصفرة باصبعه، ولم يقله غيره، بل مواضع الوطء لا يصلها الأصبع، وقيل: يجعل النساء معها، وفي الجواهر: وروى ابن حبيب: لا يحلف الا بعد الأجل ودعوى الإصابة. ثم حيث[2] ثبت لها الخيار فأقامت، فروى ابن القاسم: لها الفراق من غير سلطان لتقدم الحكم، ومذهب (ش): لها خيار الفسخ مطلقا من غير حاكم كالإقالة في البيع، وروي عن مالك: لا بد من السلطان فيفرق بينهما من غير أجَل، لأنه أمر مختلف فيه فلا يثبت[3] الا بالحاكم، وهو حجتنا على الشافعي في اصل العُنة من جهة أنه امر يحتاج إلى نظر بخلاف البيع، والفرق بينهما: أن يؤمر هو بإيقاع الطلاق، فإن امتنع أوقع الحاكم، فإن وطئها ثم اعترض عنها أو زَمِنَ فلا حجة لها، وقال (ش): السقوط حقها بالوطأة الأولى إلا مع قصد الضرر كالمُولِي، وان أصابها ثم طلقها ثم تزوجها فلها مُرافعتُه، لأنها لم ترض بالعيب[4] قال اللخمي: قال عبد الوهاب: ويضرب له اجل ثان، فإن أصاب والاّ خيّرت لأنها كانت تتوقع

(1) (د): ابن لبابة.
(2) (د) حنثت.
(3) (د): فلا يستقر.
(4) (ي): بالعنة.

بُرءه، قال: وأرى أن لا مقال لها، لأنها علمت بالعيب، وكذلك اذا تزوج[1] غيرها وعلمت الثانية بما تقدم، أو ضرب له أجل فلم يصِبْ. ورضيت بالمقام ثم قامت، قال ابن القاسم: لها ذلك من غير أجل، وقال ابن حبيب: إن قامت بقرب ذلك فلا مقال، والقياس في هذا كله: عدم مقالها.

فرع

قال: ولا يضرب الأجل الا لمن يرجى ولم يعالج قبل ذلك سنة، فإن مرض في أجله لم يعتبره ابن القاسم، وقال اصبغ: ان مضت السَّنَة وهو مريض استؤنف الأجل، وقال عبد الملك: ان مرض بعضَها لم تطلق عليه لاحتمال ان يكون المرض مانعًا من زوال علته، قال: وارى ان يستأنف إن مرض جميعَها، فإن صح النصف الثاني كمل عليه، وان صح الأول استؤنف الأجل.

فرع

في الجواهر: اذا ادعت العيب وانكر، فالمجبوب والمحصور وممسوح الذكر وحده أو مع الانثيين مختبر بالجس[2] من عَلَى الثوب، والقول قول العنين، قال اللخمي: أجاز مالك في ذلك قول امرأة واحدة، قال: وأرَى[3] أن تسأل المرأة فإن شكَت عدم الانتشار نُظر إليه من فوق، فإن قالت: يذهب انتشاره إذا دَنا فيجوز أن تصدق، لأن ذلك يعرض، ويجوز أن لا تصدق، لأنها مدعية حدوث علته.

---

(1) (ي): تزوجها غيرها، و(د): تزوج غيره.

(2) (ي): بالجِساس على الثوب.

(3) (د): والرأي.

فرع

في **الكتاب**: لولاةِ المياهِ وصاحب الشرط ضرب أجل العنين والمفقود لأنهم حُكَّام.

فرع[1]

اذا حدث بالزوج جنون بعد النكاح عُزل عنها وأجل سنةً لعلاجه، فإن صح والا فرق بينهما، وقضى به عمر رضي الله عنه، وقال ربيعة: إن أذَاهَا لم تحْبَسْ عنده، والا لم يجُز طلاقه، ولها مفارقة البيّن الجُذام. قال ابن القاسم: ان رجي علاجه ضرب له الأجل، قال ابن يونس: قال سحنون: يفرق بالبرص المنتن الرائحة، قال ابن القاسم: ذلك إن أضر بها، وفي **الجلاب**: روي الرد بالبرص كما ترد به المرأة، وروي: عدم الرد، لأن الرجل لا يقصد للإستمتاع كالمرأة. قال الأبهري: وقال ابن حبيب: يُرد بها قبل العقد وان لم يكن فاحشا دون ما حدث بعده. إلا ان يكون فاحشا مؤذيا، قاله مالك واصحابه. وفي **البيان**: المشهور: اذا حدث الخِصاء بعد البناء، لا مَقَالَ لها لنيلها[2] الوطء الذي تناوله العقد، وقال اصبغ: ان خصي قبل الدخول فكذلك ايضا، لأنها مصيبة نزلت بها ولم يقصد ضررها، والمشهور: خلافه.

---

(1) (فرع) سقطت من (ي).

(2) (ي): لبناها.

فرع

في الجلاب: اذا فرق بين العنين وامرأته بحداثة نِكاحه: ففي تكميل الصداق روايتان: ويكمل[1] المجبوب والخصي بعد البناء لدخولها على عدم الوطء. سؤال: كيف يفرق بينهما بحداثة النكاح مع أنه لا يدمن من ضرب أجل سنة اتفاقا؟ جوابه: تقع الفُرقة لعدم النفقة او المضارة وغيرهما قبل السنة.

فرع

في الكتاب: من سَرمد العبادة وترك الوطءَ لم ينه عن تبتّله، بل يخير بين الوطء والفراق ان طالبته، وفي الجلاب: اذا هرم الرجل لم يفرق بينهما لدخُولهَا على ذلك.

تمهيد: قال اللخمي: العيوب ثلاثة: ما يجب استحسانا فإن عقد معه صح، كالقطع والعمى والشلل، وما يجب على الولي اجتنابه، كالجنون والجذام البيّن، ومختلف فيه وهو غير ذلك، فإن زوجها من خَصي أو مجنون على وجه النظر لزمها، وقيل: لا مقال لها في الجذام الفاحش، وقال سحنون: لها المقام في الجنون والجذام وغير الكِبَر لأنه ضرر، ولو كانت المجنونة اغتفر عيبه لعيبها، قال اللخمي: فإن كان ذاهب الأنثيين فقط: قال سحنون: مضى نكاحُه ولا مقال لها في عدم النسل كالعقم، وقال مالك: يُرد لِنقص جِماعه، قال: والأول أبْين، وللمرأة رده بقطع الحشفة، وقول سحنون في المجنونة لا يستقيم، لأن مجنونين لا يجتمعان، بل إذا اطلع كل واحد من الزوجين على عيب صاحبه فلكل واحد منهما القيام،

(١) (ي): ويكمل على المجبوب.

وان كانا من جنس واحد، كجذام وجذام او غيره.

السبب الثاني: الغرور، وفيه نظران:

النظر الأول: في حكمه، قال ابو الطاهر: في الغرور بالفعل[1] الذي هو مباشرة العقد، وبالقول الذي هو الإخبار من غير مباشرة العقد، اقوال: ثالثها: يجب الضمان بالفعل دون القول لقوته.

فائدة:[2] اسباب الضمان ثلاثة: الإتلاف، كاحراق الثوب، أو بسبب الإتلاف، كحفر بئر غير مأذون فيه، فيهلك فيه معصوم النفس أو المالية، أو وضع يد غير مؤمنة، كيد الغاصب ويد المختبر للسلعة ليشتريها، فإنهما يضمنان وان لم يتلفا ولا كانا سببا للإتلاف، وهو خير من قولنا: وضع اليد العادية، فإن يد المستام[3] ليست عادية، ومتى اجتمع السبب والمباشرة قدمت المباشرة، كحافر بئر والإلقاء فيه فيُقدم الإلقاء لقربه من الأثر الا أن يقوى التسبب جدا فيُقدم كتقديم السم في طعام الإنسان، أو يستويّان في القوة فيعتبران معا كإكراه على القتل ليقتص منهما، فعلى هذه القاعدة يتخرج ضمان الصداق وغيره، لأن الغرور تسبب، وتضمين[4] قيمة الولد، لأن شأنه ان يكون رقيقا فأبطل الأب رِقه بظنة الحرية، فهو مباشرة الإبطال.[5]

تفريع: في الكتاب: ان غرته بحريتها فعَلِم قبل البناء برقها، وإذن سيدها في إنكاحها فله الفراقُ لِعَيب الرق، ولا صداق إلا أن يبني فلها المسمى لاستيفاء ما يقابله، إلا أن يزيد على صداق المثل، ويسقط الزائد،

---

(1) (بالفعل) سقطت من (ي).

(2) (ي): قاعدة.

(3) (د): فإن يد المستهام عادية، وهو تحريف.

(4) (د): ويضمن.

(5) (د) فهو مباشر للإبطال.

وان شاء أمسك ولها المسمى لتغريره بالعقد، ولا يفسد العقد بالغرور عند ملك و(ح) وابن حنبل، وقال (ش): يفسد كما لو باعه فرسًا فوجده حمارًا، وجوابه: أن الإختلاف في الصفات لا يوجب فساد العقد، كالسواد والبياض، وثمّ فاتت الذاتُ بالكلية، قال ابن يونس: قال ابن القاسم: ان نقص عن صداق المثل أتمه لاستيفائه المنفعة، وقال أشهب: لا شيء عليه للرِّضا بالمسمى، كما لو زنّى بها طائِعة، وفي الجواهر: قال غيرها: ليس لها الا ربع دينار، (قال صاحب تهذيب الطالب: قال ابن القاسم: لا تزاد على ما أعطاها إن كان ربع دينار)[1] ولو نَقّصَها وطؤه[2] أكثر من ذلك، والا اعطاها صداق مثلها، وقال غيره: ان أصدقها مثل صداق مثلها: أعطيت نصف صداق حرة، ونصف صداق أمة، قال ابن يونس: ويصدق الزوج في ادعاء ظن الحرية لأنه الظاهر، قال أصبغ: والبينة على السيد، وفي الجواهر: قال سحنون: القول قول السيد، لأن الأب مدع حُرِّية وَلَده وهو ولد أمةِ السيد، قال ابن يونس: ولو أقر الأب برقها وقد فَشَا[3] غروره له وولدت لم تصدق لاتهامه في نسب الولد واسقاط القيمة.

فرع

في الكتاب: اذا أخبره رجل انها حرة زوجها إياه غيره، فلا رجوع على المخبر أنها حرة، لأنه لم يُبَاشِرْ العقد، وكذلك ان باشرها جاهلا بالرق، وإلاَّ رَجّع عليه بالصداق دون قيمة الولد،[4] لأنه لم يغرّه مَن

---

(1) ما بين القوسين سقط من (ي).

(2) (ي): ولو نقصها ولأنه أكثر.

(3) (ي): وقد فشت غرورها.

(4) (ي): الولي.

ولد، ولو اعلمه انه غير ولي ولم يرجع عليه لدخوله على توقع الفسخ من الولي، قال ابن يونس: قال محمد: يرجع عليه إذا علم بالرق وباشر، كان وليا أم لا، ولا يترك له ربع دينار، وكأنه باعه البُضع ثم استحق.

فرع

في الكتاب: لو غر عبدُه حُرة: فإن أجاز السيد نكاحه فلها الخيار، لعدم الكفاءة ما لم تمكنه من وطئها بعد علمها، فإنه رضا، فإن كرهته فرق السلطان بينهما إلا ان يفارق الزوج.

النظر الثاني: في الولد، وهو حر إجماعا، وفي الكتاب: على الأب قيمة الولَد لسيده، وقاله الأئمة يوم الحكم، وقاله (ش)، وقال ابن حنبل: يوم الوضع، وقاله المغيرة منا في الجواهر، لقضاء عمر وابن عباس رضي الله عنهم بذلك، وجوابه: أن سبب الضمان منعُ السيد من الولد، وذلك انما يتحقق يوم الحكم، ولو كان لتفويت الرق لضمنه جنينًا لتخلقه حُرًا ولم يقُله أحد، وقد قضَى عمر وعثمان رضي الله عنهما بمثله، قال مالكٌ: وذلك يرجع إلى القيمة لأنها اعدل.

فرع

قال: فإن قتل فأخذ أبوه ديته حرًا، ثم استحقت الأم، فعليه الأقل من قيمته يوم القتل عبدًا، أو بما أخذه، لأن الأقل إن كان قيمة العبد فليس للسيد الا عبدٌ أو الديّة، فيقول: لو مات قبل الحكم لم اضمن شيئًا، وقد مات ولم يبق إلا الدية، قال ابن يونس: قال أشهب: لا شيء عليه من قيمة الولَد، كما لو اقتصَّ الأبُ مِن قاتِله أو هرب قاتله، او مات العبد وترك مالاً فانه لأبيه، قال أصبغ: إذا استهلك القيمة فوجَده

السيد معدمًا لا يرجع السيد على غارم الديَّة بشيء، لأنه أَدَّى ما لَزِمه، وفي الجواهر: لو جني على الولد جناية دون النفس تزيد ديتُها على قيمته، فالفاضل للوَلَد، لأنه بدل اجزائه.

فرع

في الكتاب: اذا استُحقت وفي بطنها جنين: فعَلَى الأب قيمتُه يومَ الوضع، وهو حر، لأنه لا قيمة له قبل ذلك، ولو ألقته بجناية قَبْل الإستحقاق أو بعده فللأب غُرة لأنه حر، وعليه للسيد الأقل منها أو من عُشُر قيمة أمه يوم الجناية لما تقدم في القتل، وللولد حكم الأحرار في لحوق النسب والجنايات قبلَ الإستحقاق وبعده، قال ابن يونس: قال أشهب: لا شيء للمستحق كما في القتل[1].

فرع

في الكتاب: اذا استُحقت بعد موت زوجها مُعدمًا، أو في حياته معدمًا وولدُها موسرٌ: فالقيمة على الولد (لأنه في معنى الفداء، وهو اولى به، فإن كان معدما فعليه اذا أيسر، وقيل: لا شيء على الولد)[2] لأنها جناية أبيه فلا تتعلق به، قال صاحب التنبيهات: إذا رَجَع عليه عند عُدم الأب يقوّم بغير مال، ليلا يخرج من ماله أكثر من ماله، وقاله جماعة، وقال آخرون: يقوّم بماله، لأنه قاعدة التقويم.

---

(1) (ي): القتيل.

(2) ما بين القوسين سقط من (د).

فرع

في الكتاب: لو استحق الأمة عمٌّ الولَد اخذ قيمته، إذ لا عتق عليه، أوجده فلا قيمة له لعتقه عليه، ولا وَلاَء له لتخلقه على الحرية. وإنما أخذت القيمة فيه بالسنة، قال ابن يونس: قال محمد: ولاؤه لأبيه، ولو زوجه أبوه أمتَه عالمًا فالولاء لجده لعتقه عليه، اذ لو كان الزوج اجنبيًا لكان الولد رقيقا للسيد، بخلاف ولد الغارة فإنه حر في الولد والأجنبي، وفي الكتاب: لو غرته أمةُ أبيه فلا قيمة له، وكذلك أمة الإبن، قال ابن يونس: قال سحنون في أمة الإبن: يغرم الأب قيمتها دون ولدها، وتكون له أم ولد، والتزويج فيها ملغى، واما أمة الأب الغارّة للإبن فهو كالأجنبي، لها صداق مثلها، ويأخذه[1] الأب ولا قيمة عليه في الولد.

فرع

في الكتاب: اذا غرت أم الولد فلسيدها[2] قيمة الولد على رجاء عتقه بعتق أمه، فإن مات سيدُها قبل القضاء فَلاَ شيء للورثَة لعتقهم بالموت، وان قتِل قبل الحكم فللأب دية الأحرار، وعليه الأقل مما أخذ أو قيمتهم على الرجاء والخوف كما تقدم، قال ابن يونس: وقيل: يغرم الأقل من المأخوذ، أو قيمة الولد عبدًا، لأن ولد أم الولد تأخذ قيمته عبدا، قال: وهو غلط، لأن الأب تلزمه القيمة على الرجاء والخوف تخفيفًا عنهم لأنهم أحرار، بخلاف القاتل[3]، قال صاحب التنبيهات: قال ابن حبيب: لا قيمة لمن لم يبلغ العمل من ولد أم الولد، لأن تقويمهم يرجع إلى ما فات

(1) (د): ويأخذها.

(2) (د): فلها.

(3) (بخلاف القاتل) سقطت من (د).

السيد من العمل، قال اللخمي: قيمته يوم ولد، وقال مالك: إن كان صغيرًا لا خدمة فيه فلا شيء فيه، والاَّ غرم أجرته كل يوم، كلما كبر زاد الأب أجرته، وإن مات صغيرا فلا شيء عليه، وإن استحق بعد ان صارَ رَجلا فعليه الأجرة من يوم الاستحقاق، قال مطرف: وان مرض لم يكن عليه شيء حتى يصح، واذا لم تستحق الأم حتى مات السيد فلا شيء على الأب، وتتفق الأقوال، لأن المراعَى يومُ الحكم، الا قول المغيرة في القيمة يوم الولادة، فلا تسقط بموت السيد ولا الولد، وعلى قول مالك في أخذ الأجرة: تقوم خدمة ولد المعتق إلى أجَل، وقال عبد الملك: يقوم عبدًا لا عِتق فيه، كما لو قتلته[1] أمه.

فرع

في الكتاب: في ولد المدبرة القيمةُ على الرجاء والخوف (في عدم عتقهم ثم اصل من عتق ام الولد)[2] وقيمة ولد المكاتبة موقوفة إن عجزت الأم اخذت، وإن أدت دفعت للأب لظهور حريتها، قال ابن يونس: قال محمد: في ولد المدبرة قيمته رقيقًا، لأن العتق فيه مقدم على التدبير، لأن مَن اشتَرى مدبّرًا فأعتقه جاهلا به لم يَرُدَّ البائع ثمنه ان علم المشتري بتدبيره، وان كانت غرة والقيمة المدفوعة في ولد المكاتبة قيمةُ عبد، واستحب محمد: تعجيل دفعها للسيد بحسبها في الكتابة ان كانت أقل أو مساوية، وان كانت اكثر لا يلزم الأب الا الأقل من بقية الكتابة أو قيمة الولد، لأن كل ما ولدته المكاتبة دَخَل في كتابتها، فكاتبها احق بقيمة ولدها، كما لو قتل او أعتقه السيد وهو ممن يسعى برضا الأم فيسقط عنها بما يخصه من الكتابة، قال محمد: لو غصبت مكاتبته فبيعت فولدت عند

---

(1) (د): لو قتلت.

(2) ما بين القوسين سقط من (ي)، وفيه تحريف.

المشتري أخَذَها السيد وقيمة ولدها رقيقًا، وقال ابن القاسم: توقف القيمة كما تقدم، قال محمد: بل يُعطى[1] للأم في الكتابة، ولا يَغرم الأب الا الأقل، كما لو قتل السيد من ولدها[2] بعد الكتابة تحسب قيمته من آخر الكتابة، قال محمد: وعلى الأب قيمة ولد المبيعة إلى أجل علي أنه يعتق عند الأجل، قال اللخمي:[3] إذا كان الغرم يسقط اذا أدت المكاتبة ويسقط اذا عجزت أن لا يعجل الغرامة بالشك اذا امنت غيبته، او أتى بحَميل وإلا دفعت للسيد إن كان مأمونا، وان خيف وُقفت على يد غيرهما، فإن أدت رُدت لِلأب، وان خيف عجزها وكان في بعض القيمة وفاء أخذ، والفاضل للأب، والا دفعت للسيد.

فرع

في الكتاب: ولد العبد المغرور رقيق لسيدها، وقاله (ح)[2] إذ لا بد من رقه مع أحد الأبوين، وقال ابو الطاهر: وقيل: هو حر، وقاله (ش) وابن حنبل، لأن الموجب لحرية ولد الأمة ظن حريتها. وهو موجود في حق العبد، قال ابو الطاهر: وحيث قلنا بالحرية لم تجد من تتبعه بالقيمة، وفي الكتاب: لا قيمة له لأنه رقيق فلم يفت، قال ابن يونس: قال محمد: ويرجع العبد على من غره بالمهر، ثم لا يرجع من غره عليها، وان لم يغره غيرها رجع عليها بالفضل عن صداق المثل، لأنه كان يتوهم حرية الولد بحريتها، فبذل لذلك زيادة، وهذا إذا ظَهَر أنه بنَى على الحرية، والا فَلاَ رجوعَ بخلاف الحر لا يشترط حريتها، ثم يظهر أنها امة، لأن ظاهر حاله

(1) (د) بل تعطى الام.

(2) (ي): من ولد.

(3) (د) أرى اذا كان... ولعله الصواب بدليل قوله بعدُ: أن لا يعجل.

(4) (د) (ش).

يمنع زواج الأمة بخلاف العبد.

السبب الثالث: العتق، وفي الجواهر: اذا اعتقت تَحْتَ عبد فلها الخيار، وقاله الأئمة، فان عتق بعضها بتلا أوكلها لكن بتدبير أو كتابة، أو صارت أم ولد فلا، لأن سبب خيارها: عدم اتصافها بالرق، فلم يكن العبد كفوءًا لَهَا، وان عتقت تحت حر فلا، وقاله (ش) وابن حنبل لحُصول المساواة، وأصله: ما في ابي داود[1] قال عليه السلام: **(أيُّما أمة كانت تحت عبد فَعُتِقَت فهي بالخيار مَا لَم يطأها زوجُها)** وفي الموطأ[2] **ان بريرة عتقت فخيَّرها عليه السلام فاختارت نفسها فقال لها عليه السلام: لَو راجَعته؟ فقالت: يا رسول الله بأمر منك؟ فقال: لا، إنما انا شفيع، فقالت: لا حاجة لي به.** قال اللخمي: قال ابن عباس: كان زوجُها عبدًا يقال له: مُغيث، وقال الأسود: كان حرًا، قال البخاري: قول الأسود منقطع، وقول ابن عباس صحيح، وقيل: لها الخيار مع الحُرِّ، لأن العلة كونها مجبورة على النكاح، فتختار عند زوال الرق، فإن عتقت من طلاق رجعي فلها الخيار، قال: ولو قيل بمنعها من الطلاق إذا قال الزوج: أنا لا أرتجع، كان حسنًا، وينظر السلطان للصغيرة في المصلحة، وكذلك السفيهة أن لا تبادر لاختيار نفسها، لأن لها عصمة نفسها كالإمتناع من النكاح ابتداء، ورضاها بالمُقام لا يلزمها على قول ابن القاسم اذا لم يكن نظرا، لعدم اعتبار تصرفها، ويلزمها عند أشهب، لأنه ليس من باب[3] المال، والسفيه يصح تصرفه في العبادات وغيرها.

---

(1) هو بمعناه في قصة بريرة عند ابي داود في كتاب الطلاق. باب في المملوكة تعتق وهي تحت حرّ أو عبد. عن عائشة، وفي باب حتى متى يكون لها الخيار. ورواه الترمذي ايضا.

(2) في الطلاق: باب ما جاء في الخيار، عن عائشة في القصة المذكورة.

(3) (د) بيت.

فرع

قال: فلو رفعها الزوج عند العتق وقال: اما تختاريني أو الطلاق، فقالت: أنظر، وأستشير، فالقول قولها، وقاله (ش) وابن حنبل، وقال (ح): خيارها يختص بمجلس العلم، لنا: قوله[1] عليه السلام: (فهي بالخيار مَا لَم يطأها) الحديث المتقدم. واستحسن ان تؤخر ثلاثة ايام، فإن طال ذلك وطلبت بالنفقة عن الماضي لم يكن لها شيء لمنعها نفسَها.

فرع

قال في كتاب[2] التمليك: إذا قال: إن لم أبعكِ الى السنة فانتِ حُرة، فقالت: ان خنت فقد اخترتُ نفسي، قال ابن القاسم: لا بد من الاستئناف، لأن التصرف الأول عدم وجود السبب، كإسقاط الشفعة قبل البيع، والقسم قبل التزويج، والإبراء قبل موت الموروث، وقال اصبغ يلزم، واتفقا اذا قال لامرأته: ان غبتُ عنكِ إلى سنة فأمرك بيدك، فقالت: ان فعلتَ، فقد اخترت انه لازم.

فرع

في الجواهر: اذا عتقت ثم عتق الزوج بتلا قبل اختيارها فلا خيار لها لحصول المساواة.

---

(1) تقدم تخريجه.

(2) (د) في (الكتاب): التملك اذا قال... وهو تحريف.

فرع

قال: فإن اختارت قبل البناء فلا صداق لها، وقاله الأئمة ويرده السيد، لأن الفسخ من قِبلها، فإن كان معدمًا: فَهَل يسقط خيارها لأن ثبوته يؤدي إلى اسقاطه ببطلان العتق به[1] مِن الصداق، أو يثبت ويباع في الصداق لوقوع ذلك تبعًا، إذ[2] يثبت ولا يباع، لأنه دين طارىء باختيارها فلا يرد العتق المتقدم عليه؟ ثلاثة أقوال، ولها المسمى بعد البناء، وقاله (ش) خلاف قوله في العيوب بصداق المثل، ويتبعها كمالها، إلا أن يكون السيد قبضه أو اشترطه.

فرع

قال: واختيارها طلاق لا فسخ كالرد بالعيب والإعسار بالنفقة، وقال الأئمة، فسخ كالبيع.

قاعدة: شَرّع الله تعالى الأحكام، وشرع لكل حكم سببًا لثبوته، وسببًا لنفيه إذا ثبت، وشرع في أسباب الأملاك: البيع والهبة والوصية وغيرها. وجعل من جمله أسبابها: حَوزَها من غير أمر زائد في المباحات التي لم يتقدم فيها ملك، ولما شَرع حوزَهَا سببًا لثبوت الملك، شرع تركها والإعراض عنها سببًا في الانتفاء كالمطروح من تافِه الثمار وسائر المتمولات، والإقالة على القول بأنها ليست بيعًا، فإنها ابطال لِلملك بمجرد الإعراض، ولم يَشرَع الحوزَ سببًا مستقلا في النكاح لخطره وعظم رتبته، فكذلك لا يشرع الإعراض عنه سببًا لعدمه تسوية[3] بين البابين، بل لا بد

(1) (د): بدين.

(2) كذا، ولعله: أو.

(3) (د): لثبوته.

من سبب شرعي غير الإعراض وهو الطلاق، فلا يبطل نكاح صحيح إلا بطلاق لتحل للثاني يقينًا، قال: فإن مضت بأكثر من طلقة ففي لزوم الزائد، لأن الفراق بيدها كالزوج، أو الاقتصار على الواحدة لحصول المقصود بها، والأصل: عدم تصرفها في الطلاق؟ روايتان في الكتاب: والأول رجع إليه مالك، وفي الكتاب: الواحدة بائنة، لأن كل طلاق لا يندفع الضرر الا به فهو بائن، الاطلاق المعسر وما في معناه، وروي عنه: ان عتق له الرجعة كالمعسر، قال: وفي الكتاب: يحال بينهما حتى تختار لتزلزل سبب الإباحة، وان قالت: اخترت ولايته لها فهي طلقة بائنة، لتعينها بتعين سببها الذي هو العتق، فلا تحتاج إلى نية، ولو بلغها العتق بعد زمان وهو يطؤها فلها الخيار عند العلم وبعده، ما لم يطأ، وان منعت نفسَها سنة وقالت: لم اسكت رضا، صدقت بغير يمين كالتمليك.

فرع

في الجواهر: قال: يُؤخر اختيارها عن زمن الحيض إن اعتقت فيه لِتحريم الطلاق فيه فإن عتق قبل الطهر: قال ابن القاسم: هي على خيارها، قال اللخمي: لا خيار لها لحصول التسوية، فلو اختارت فيه فعلى القول بأنها بائنة يُمضَى الطلاق، وقال بعض المتأخرون: وعلى القول بالرجعة ينبغي ان لا يمضى، لأن حُكم الرجعة ان يجْبر الزوج على الرجعة إذا أوقع في الحيض.

فرع

قال: يبطل خيارها بالتصريح بالإسقاط، أو يفعل ما يدل على الإسقاط كالتمكين من الوطء عالمة، فإن جهلت الحكم خاصة: فالمشهور: سُقوط خيارها لظاهر الحديث المتقدم، ولأن الأحكام تتبع أسبابها، وان جهل

المكلف، وقاله ابن حنبل[1]، وخالف القاضي ابو الحسن، لأن العتق سبب خيارها، فالأصل: استصحاب حُكمه.

فرع

قال: إذا اعتقت وهو غائب فاختارت، ثم ثبت تقدم عتقه، فإن تزوجت أجراه بعض المتأخرين على الثلاثة الأقوال في امرأة المفقود.

فرع

قال: فإن اختلف في المسيس وأنكرت الخلوة: فالقول قولها مع يمينها، والا فالقول قوله مع يمينه عملاً بالظّاهر، فإن تصادقا عليه واختلفا في الإكراه: فالقول قوله، لأن الأصل: عدمُه. فإن تصادقا على المسيس طوعًا واختلفا في العلم بالعتق صدّقت، لأن الأصل: عدمُه، قال محمد: بغير يمين.

فرع

قال: فإن عتقت قبل البناء ولم يعلم إلاّ بعده فلها الأكثر من المسمى وصداق المِثل على أنها حرة، وإن كان العقد فاسدًا: فصداق حرة، قولاً واحدًا، أو صحيحًا وعلمت بالعتق والحكم فالمسمى فقط، قبل البناء وبعده.

---

(1) (وقاله ابن حنبل) سقطت من (د).

الباب الثالث

في التوابع، وهي ستة:

التابع الأول: تمييز الفسخ بطلاق أو بغيره:

وفي الكتاب أكثر الرواة يقولون: كل نكاح للولي وأحد[1] الزوجين أو غيرهما إمضاؤُه وفسخه؛ يُفسخ بطلقة بائنة، ويتوارثان قبل الفسخ لقبوله للصحة، كالمتزوجة بغير إذن وليها، فيطلقها الزوج أو يخالعها قبل الإجازة فينفذ ذلك. ويقولون: كل نكاح كانا مغلوبين على فسخه كالشغار ونكاح المريض والمحرم وفاسد الصداق أو عديمه وأدرك قبل البناء؛ وعقد المرأة على نفسها أو غيرها أو العبد على غيره، يفسخ قبل البناء وبعده بغير طلاق، وكل ما فسخ بعده[2] لها فساده في عقده، ففيه المسمى لقوله[3] ﷺ في المتزوجة بغير ولي: (فَإِنْ أصَابَها فَلَها مهرُها بما أَصَاب) وكل ما فسخ قبل البناء فلا صداقَ فيه وتردهُ إن قبضته، لأن حقيقة الفسخ رد كل واحد من العِوَضين لصاحبه، قال ابن يونس: قال غيره في المخالعة على مال: ترده، لأن للولي فسخه كالمخالعة يطلع على عيب يوجب الرد،

---

(1) كذا ولعلها: أو أحد.

(2) بالنسخة: لعده لها.

(3) رواه ابو داود في النكاح، باب في الولي، والترمذي في النكاح، باب ما جاء لانكاح الابولي بمن عائشة، وهو صحيح.

تمضي المخالعة ويرد المال، قال اللخمي: اذا زُوج رجل او امرأة بغير امرها، وعلم بقرب العقد كان بالخيار بالإجازة والرد، ويفسخ بغير طلاق لعدم العقد ولم يجد خلافاً. قال ابن القاسم: والرد بالعيب طلاق، وقال الأبهري: ترد المجنونة والمجذومة بغير طلاق كقول (ش) في العيوب، قال: وعلى هذا اذا كان العيب بالزوج يكون بغير طلاق، وانما زاد الوكيل على ما قاله الموكل من الصداق ولم يرض، قال ابن القاسم: يفسخ بطلاق، وقال غيره: بغير طلاق، قال الأبهري: نكاح العبد يفسخ بغير طلاق. واذا كان الفساد في العقد قيل: فيه صداق المثل استيفاء المنفعة بغير عقد شرعي، وفي الجواهر : آخِر قول ابن القاسم لرواية بلغته عن مالك: ان ما نصه[1] الله تعالى على منعه أو رسوله ﷺ ولا يختلف فيه: يفسخ بغير طلاق، وكل ما اختلف الناس في إجازته ورده فسخ بطلاق لقَبوله الصحة على قول، وقاله في الكتاب وزاد: إن طلق قبل الفسخ لا يلزم، ولا يتوارثان.

فرع

في الجواهر : وضابط ما يفسخ قبل البناء فقط: أن النكاح ان اتفق على فساده والمنع من الإقامة عليه فسخ قبلُ وبعدُ، والا فالخللُ ان كان في العقد فسخ قبلُ، وفي فسخه بعدُ خلاف، كنكاح المحرِم والمريض، أو في الصداق فثلاثة أقوال: قبلُ، وبعد، ولا يفسخ مطلقا، والمشهور قبلُ فقط.

---

(١) كذا ولعلها: نص.

فرع

في الكتاب : الذي يفسخ مطلقا، يصح فيه اللعان ولحوق النسب فيه دون الظهار، إلا ان يريد: ان تزوجتك، لعدم الزوجية، ويلزم الإيلاء إن تزوجها كالأجنبية.

تمهيد للشرع في هذا الفصل مطلوبان: ابطال العقد المنهي عنه لما تضمنه من الفساد، فلذلك أمر بالفسخ، والحل للزوج الثاني، ولذلك شرع في الفسخ الطلاق ليحصل اليقين بالحل، فحيث يمكن الفساد إما بتنصيص الشارع، أو بالمنع من اختيار الإمضاء أو بالإجماع ظهر ليحل الثاني بدون الطلاق، فلا يشرع الطلاق لئلا ينقص الملك بغير فائدة، وحيث لم يتمكن الفساد لوجود الخلاف أو التمكن من الإمضاء تعين الاحتياط ليحل لوجود أمارة قَبول العقد للصحة، فلا يضر نقصان الملك. لأن الزوج ادخل ذلك على نفسه، مع ان الاحتياط للأبضاع أولي من الأملاك، وكذلك تخصيص الفسخ قبل الدخول نظراً لخفة الفساد، فتأكد الصحة بالدخول لأجل الاطلاع على العورتين، وذهاب الحُرمتين، وارتفاع الجنابتين من جهة الزوجين.

التابع الثاني: المتعة

وهي - عندنا - مستحبة، وقال الائمة بوجوبها، لقوله[1] تعالى: ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ﴾ وقوله[2]: ﴿وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ، حقّاً عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ وظاهر الأمر الوجوبُ، ولأنها بدل عن نصف الصداق في غير المفروض لها، والصداق واجب فتجب، والجواب على الأول: أن قولَه

(1) (البقرة: 236).

(2) (البقرة: 241).

تعالى فيه: ﴿حَقًّا عَلَى المُتَّقِينَ﴾ الوجوب[1]، لأن الواجب يعم المحسن وغيره، فلما خصصها دل على أنها من باب الإحسان، وهو الجواب عن الثاني، ويرد عليها تمسك بالمفهوم، وخصومنا تمسكوا بالمنطوق، وهو مقدم على المفهوم إجماعا، وعن الثالث: لا نسلم انها بَدَلٌ عن الصداق، بل معروف مستأنف، سلمناه، لكن وجوب النصف دون انتفاع على خلاف الأصل، فلا تكثر مخالفته.

تفريع

في الجواهر : هي لكل امرأة اختار الزوج طلاقها ولا خيار لها فيه، لأن المختارة لا تحتاج جبراً، وليست للمطلقة قبل الدخول، وقد فرض لها لمجبرها بنصف الصداق، ولا لمن كان الطلاق بسببها كالمختلعة والملاعنه، لأنه مضاف إليها فلا تجبر منه في الفراق جبراً، لأنه من جهة الشرع، وانما يجبر الزوج ما كان من جهته، ولا للمجبرة اذا اختارت، لأنها غير منكسرة، وروي: لها المتعة، لأن ابتداءه من الزوج، ولا للرجعية وان ارتجعت، لأن الرجعة أتم من المتعة، وإلاَّ فلها، قال فضل بن سلمة: ومقتضاه: لأنها لا تمتع حتى تنقضي العدة، ولو كانت بانيا[2] فرد بها فلها المتعة، لأنها استحقتها قبل الرد. واستقر للخمي نفيها.

---

(1) بالنسخة هنا بياض بقدر كلمة. ولعلها: لغير الوجوب.

(2) كذا ولعلها: بائنا.

فرع

في (الجواهر): مقدارها موكول الى اختياره، لعدم الوجوب، ويستحب تقديرها بعسره ويسره، لقوله[1] تعالى: ﴿عَلَى المُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى المُقْتِرِ قَدَرُهُ﴾. وفي (الكتاب): على العبد المتعة دون النفقة، ولو خَلاَ بها واختلفا في المسيس وقد طلقها: صدقت في الصداق دون المتعة، والصغيرة والأمة والذمية لهن المتعة.

فرع

قال صاحب التلخيص : واختلف في المطلقة قبل الدخول، ولم يسم لها، والتي طلقت بعد الدخول وقد سمى لها أم لا، أيها آكد؟ ثلاثة اقوال: قال ما لك: هما في عدم الوجوب سواء، وقيل: سواء في الوجوب، وقيل: يختص الوجوب في التي لم يدخل بها ولم يسم لها، لأنها مورد النص، نقله هكذا بصيغة الوجوب.

فرع

قال: فإن بانَت فهل تجب للورثة كسائر الحقوق؟ وقيل: لا لفوات إزالة ألَم الطلاق.

التابع الثالث: الوليمة والمهر

قال صاحب الاستذكار : الوليمة في اللغة: طعام العُرس والإملاك. والإعذار: طعام الختان، والنقيعة: طعام القادم من السفر، والخُرس: طعام

(١) (البقرة: 236) وبالنسخة: على الموسر، وهو خطأ.

النفاس، والمأدُبة: طعام الدعوة، والوكيرة[1] : بناء[2] الدار، وقال غيره: والعقيقة لأجل الولد. والحذاق: طعام الصبي عند حذاق القرآن جهده[3]. ثمانية أسماء للأطعمة في اللغة، وأصلها ما في مسلم[4] انه ﷺ رأى على عبد الرحمن أثر صفرة فقال: (ما هذا؟ قال: يا رسول الله، إني تزوجتُ امرأة على وزن نواة من ذهب، قال: بارك الله لك، أَوْ لِمْ وَلَوْ بشَاةٍ) قال صاحب القَبَس : وهي أقلها مع القدرة، وإلا فبحسب الإستطاعة، لأنه[5] (ﷺ) أَوْلَمَ على بعض نسائه بالخبز والتَّمر والأقط. قال صاحب المنتقى : وهي يوم واحد، لأن الزيادة سَرفٌ، وقال ابن حبيب: يُولم ذو القدرة ثمانية أيام لما فيه من اظهار النكاح والتوسعة على الناس، ويكره أن يقول: يتكرر على طعامي ثمانية أيام، لأنه مباهاة، وقال (ش) وابن حنبل: تشرع اكثر من يوم، وتجب الإجابة للأول، وتستحب للثاني دون الثالث، وفي الجواهر : يجعلها بعد البناء، قال اللخمي: هي قبله وبعده واسع، فقد[6] أولم (ﷺ) علي صفية بعد البناء.

وإتيانُها واجب خيفةَ العداوة وأن لا يهدون[7] إن لم يحضرها من يشهد النكاح به، ومباح ان حضرها، وخالفه صاحب الجواهر ، قال:

---

(1) النسخة: الوكيدة، والصواب: الوكيرة بالراء.

(2) كذا والصواب: طعام بناء.

(3) مكررة. كذا، ولعلها: فاتت.

(4) في النكاح، باب الصداق وجواز كونه تعليم قرآن وخاتم حديد، وهو في البخاري في النكاح وغيره. ومالك في (الموطأ) في النكاح، باب ما جاء في الوليمة، عن انس بن مالك.

(5) رواه البخاري في النكاح، باب اتخاذ السراري، ومسلم في النكاح، باب فضيلة اعتاقه أمته ثم يتزوجها. عن انس بن مالك. وكان ذلك في وليمة صفية رضي الله عنها.

(6) تقدم تخريجه آنفا.

(7) كذا.

ويجب اتيانُها على من دعي اليها عند مالك والأئمة وأكثر العلماء. لما في مسلم [1] قال (ﷺ): (إذا دُعي أحدُكم إلى الوَليمة فليأتها) وصفة ما تجب الإجابة أن يعيِّن الرجل الدعوة، فإن قال للرسول: ادعُ مَن تُحب لم تجب لعدم التعيين، وهل يجب الأكل؟ قال ابو الوليد: لم أر لأصحابنا فيه نصاً، ومسائل المذهب على القولين، وتقدم الوجوب. قال ابن حنبل: لقوله (ﷺ) في الصحيح [2]: (إذا دُعي أحدُكم فليُجِب، فإن شَاءَ أكَل وان شاء تَرَك) قال القاضي ابو الحسن: مذهبنا: استحباب الإجابة، قال: ولا يحضر ذو الهيئة موضع اللهو، ويرجع المدعوُّ إنّ وَجَد المنكر، لأن التحريم يقدم على الإيجاب، لأن المفاسد مقدمة الدَّفع على المصالح، وقاله (ش)، وقال (ح) وابن حنبل: يجب الحضور مع المنكَر، وينهَى عنه ان استطاع، فيطيع الله طاعتيْن، وإلّا سَقَط عنه الخطاب به، ولأن الحق لا يترك لأجل الباطل، قال ابو الحسن: ويلحق بالمنكر: فرش الحرير، أو تَأذٍّ بحضور السفلَة. أو الزحام، أو غلق الباب دونه، أو على جدار الدار صور أو ساتر، ولا بأس بصور الأشجار واللعِب واللهو الخفيف، قال صاحب البيان: اتفق اهل العلم على الدّفّ، وهو الغربال في الوليمة والعرس، وفي الكَبر والمِزهَر: ثلاثة اقوال، قال ابن حبيب: هما كالغربال، ومنع أصبغ، والجواز لابن القاسم في الكَبَر دون المِزهَر، ولابن كنانة: إجازة البُوق والزمارة التي لا تلهي في العرس، واختلف في جواز ما أجيز من ذلك: فالمشهور: هو إباحة. وقيل: كراهة، وقيل: يعم الجواز الرجال والنساء، وهو المشهور، وخصصه اصبغ بالنساء، قال ابن القاسم:

---

(1) في النكاح، باب الأمر باجابة الداعي الى دعواه، عن عبدالله بن عمر، وهو في البخاري في النكاح.

(2) رواه مسلم في النكاح، باب الأمر باجابة الداعي الى دعواه، عن جابر بن عبدالله.

ويستحب الرجَزُ الخفيف كقول [1] جواري الأنصار:...

أتيناكم أتيناكم فحيونا نحييكم

قال: ولا يعجبني التصفيق، وقد قال [2] ﷺ: (كُلّ لهْو يلهُو به المؤمنُ باطلٌ. إلا ثلاثاً: ملاعبةُ الرجُل امرأته، وتأديبُه فَرسَه، ورمْيه عن قوسه) وفي التنبيهات: الدف - بضم الدال - هو المُدوّر، بوجه واحد، وهو الغربال، والمربع من الوجهين هو المِزهَر، وليس بعربي، والمزهر عند العرب عُودُ الغِنا.

فرع

في الجواهر: لا تترك الإجابة لأجل الصوم، بل يترك الأكل.

فرع

ويكره نثر السُكّر واللوز وشبهه، وقاله (ش) وابن حنبل: خلافاً لـ (ح) لأنه يقع نهباً، وفي البخاري [3]: قال (ﷺ) (لا تحِلّ النُّهبةُ والمُثلة).

---

(1) رواه ابن ماجه في السنن في الوليمة، عن ابن عباس باسناد فيه ضعف، ورواه عبدالله ابن احمد في زوائد المسند، عن عمرو بن يحيي المازني عن جسده ابي حسن، وفي سنده متروك ويشهد له الحديث السابق.

(2) رواه ابو داود في الجهاد، باب في الرمي، والنسائي في الجهاد، باب ثواب مَن رمى بسهم في سبيل الله تعالى، عن عقبة بن عامر، وهو حسن.

(3) روي النسائي في الصيد، باب تحريم اكل السباع، عن ابي ثعلبة مرفوعا: لا تحل النهبى الخ وهو صحيح وليس في البخاري، وروي احمد (175/3) والترمذي (1601) وابو داود وغيرهم عن عمران بن حصين مرفوعا، من انتهب نهبة فليس منا. اما النهي عن المثلة ففي احاديث منها حديث بريدة عند مسلم رقم (1731) في الجهاد من حديث طويل.

فرع

قال اللخمي: كره ما لك لأهل الفضائل اتيانَ طعام غير العرس، قال: وأراد إن كان المدعو قريباً أو صديقاً أو جارا كان العرس وغيره سواء، والا كره غير العرس، لقوله[1] (ﷺ) (شرُّ الطعامِ طَعامُ الوَلِيمَةِ، يُدعى اليه الغَني دُونَ الفقير) وإذا أتى الرجل العظيم فلا بأس بعدم الأكل لأن المقصود منه الشريف[2] إلا أن يخشى الوحشة، لقوله[3] (ﷺ): (فَلْيَأْتِ، وان كَانَ مُفطراً فليَطعَم، وان كان صَائماً فلْيصَلِّ أي يَدْعُ).

التابع الرابع: القَسم بين النساء، وفيه خمسة فصول:

الفصل الأول: فيمن يستحق القسم، قال[4] الله تعالى: ﴿وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّساءِ وَلَوْ حَرَصْتُم، فَلاَ تَميلُوا كُلَّ المَيْلِ﴾ وقال تعالى[5]: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوف﴾ وفي الترمذي قال[6] (ﷺ): (إذَا كَانَ عند الرجل امرأتَان فَلَم يعدِل بينهما جَاءَ

---

(1) رواه البخاري في النكاح، باب من ترك الدعوة فقد عَصَى الله ورسوله، ومسلم في النكاح، باب الأمر باجابة الداعي، ومالك في (الموطأ) في النكاح عن ابي هريرة. ولفظه: شر الطعام... يدعى له الأغنياء، ويترك المساكين، ومن لم يأت الدعوة فقد عصى الله ورسوله.

(2) كذا ولعلها: التشريف.

(3) رواه البخاري في النكاح، باب من ترك الدعوة الخ وابو داود في الأطعمة، عن ابن عمر ولفظه: اذا دعى احدكم الى وليمة فلياتها...

(4) (النساء: 128).

(5) (النساء: 18).

(6) رواه ابو داود في النكاح، باب القسمة بين النساء، والترمذي في النكاح، باب ما جاء في التسوية بين الضرائر، عن أبي هريرة، وهو صحيح.

يوم القيامة وشقُّه ساقِط) . وفي الجواهر : من له امرأة واحدة لا يجب عليه المبيت عندها ، ويستحب ، لتحصينها ، وقال ابن حنبل: يجب لها في كل أربع ليال ليلة ، لأنه لو كان له أربع نسوة كان لها ذلك ، والفرق: ان ضرر اتيان الضرة منفي هاهُنا ، ولو كان له أربع وترك الجميع جاز ، ولا يجب القسم بين السراري لعدم حقهن في الوطء ولا بينهن وبين الزوجات ، والأولى كـف الأذَى ، ويجب العـدل بين الزوجـات اجماعـاً ، وتستحقـه المريضـة ، والرَّتقـاء ، والنفسـاء ، والحائـض ، والمحـرمـة ، والمولّـى عنهـا ، والمظاهرة. وكل من لها عذر شرعي او طبعي بحصول الاثنين ، وقاله في الكتاب وقاله الائمة ، ولا تجب المباشرة ، ولا جمع[1] ان ينشط في يوم واحدة دون الأخرى الا ان يقصد الضرر[2] عنها ليس في لغيرها ، وفي البخاري[3] : (كان (ﷺ) يَقسِمُ بَيْن نسائه فَيَعدل ويقول: اللهم هَذا قَسمِي فيما أملِك، فلا تَلُمْني فيَما تَملكُ ولاَ أملِك) قال ابو الطاهر: الإتيان على أربعة أقسام: جائز، وهو ميل القلب والمحسنة[4] وانشاط الى الحمل، لأنه لا يملك، وكذلك بما يجب لها لارتفاع منزلتها وتفضيلها بالمقدار الواجب بزيادة نفقة على الأخرى بما لا تستحقه مع توفية الأخرى نفقتها ، فيه قولان: الجواز ، لأنه لم يَجُر ، والمنع ، لأنه ميل بما يملكه والأذية للأخرى، والرابع: تنقيصُ احداهما بما يجب لها ، أو بترك الجماع قصداً ، ويترك للأخرى، وهو ممنوع اجماعا ، وفي الجواهر : يجب القسم على كل زوج مكلف، وعلى ولي المجنون أن يطوف به، وقاله الائمة ، لتحصيل الأنس، وفي الكتاب : اذا كان المريض يقدر على

---

(1) كذا ولعلها : ولا جماع .

(2) بياض بـ(ي) بقدر كلمة، وفي الكلام قبله وبعده شيء.

(3) ليس في البخاري وانما رواه ابو داود في النكاح، باب القسم بين النساء ، والترمذي في النكاح ، والنسائي في عشرة النساء ، وابن ماجة ، عن عائشة ، وصححه ابن حبان ، ورواه الحاكم في (المستدرك) 178/2 وصححه ووافقه الذهبي.

(4) كذا ولعلها: والمحبة.

القسم وجب أن لا يجد[1] لاقامته ما لم يكن[2] كما أقام[3] (ﷺ) عند عائشة ـ رضي الله عنها ـ في مرضه، قال اللخمي: وقيل: اذا غَلَب المرض واحداهُنَّ تَصلُحُ لتمريضه، دون غيرها تعينت، وان تساوين فبالقرعة الاَّ أن يرضين، لما في ابي داوود[4] (بَعَث (ﷺ) الى نسائه في المرض فاجتَمعْن فقال: إني لاَ أستطيعُ أن أدور بينكُن، فإن رأيتُن أن تأذنَّ لِي فأكونَ عند عائشة ـ رضي الله عنها ـ ان فَعَلتُنَّ، فأذِنَّ له) والمشهور: يروى أنه (ﷺ) فَعل ذلك تطييباً لقلوبهن، لا أنه واجب عليه.

فرع

في الكتاب: اذا سافرت احداهن مدة لم تحاسبه ويبتدىء القَسْم، لأنها أسقطت حقوقَها، واذا أقام عند احداهن مدة[5] عن ذلك ولم تحاسبه، لأن المقصود من القسم دفعُ الضرر الحاضر وتحصين المرأة. وهو يفوت بفوات زمانه، وكالعبد المعتَق بعضه لا يحاسبه بهذا الإبَاق، وقاله (ح)، وقال (ش): يجب القضاء فيما ظُلِمَ فيه كسائر الحقوق، والفرق: أن الحقوق انما وجب دفعُها بعد زمان لحصول مصلحتها بعد زمانها، وهاهنا تفوت المصلحة لفوات الزمان فلا مضي[6] للقضاء. وفي

---

(1) كذا.

(2) بياض بالنسخة بمقدار كلمة.

(3) كما في حديث عائشة عند ابين داود بسند حسن في النكاح، باب القسمة بين النساء.

(4) في النكاح، باب في القسمة بين النساء، وهو حديث حسن، عن عائشة، وله شاهد في الصحيحين من حديثها أيضاً.

(5) بياض بالنسخة بقدر كلمة.

(6) في النسخة يمكن ان تقرأ: فلا يمضي القضاء، ولعل الأصل: فلا معنى للقضاء.

الجواهر : استقرأ اللخمي القضاء اذا اقام عند غيرها اكثر من نوبتها من قوله في السليمانية : اذا أقام عند احداهن شهرين وهن أربع، وحلف أن لا يطأها ستةَ أشهر حتى يوفي الباقيات ليس بمولٍ[1] لأنه قَصد العدلَ، قال ابو الطاهر: يحتمل أن يكون مراده الاستيناف دون المحاسبة فلا يكون مُولِياً لأنه لا يقصد الضرر، قال ابن يونس: قال مالك: اذا اغلقن الباب دونه ضرراً له: فله الذهاب الى الأخرى، وان قدر على المبيت في حجرتها فَعَل، لأنها وان ظلمته فلم تسقط[2] حقها، قال ابو الطاهر: ان كان ظالما عليها لم يذهب بغيرها، وان كانت ظالمة ذهب، قال ابن يونس: ولها ان يشرب ويتوضأ من بيتها في غير يومها[3] ، ويأكل من طعام يبعث به اليها من غير تعمل ميل، وقال: لا يأتي في يومها الا لحاجة أو عيادة، وله جعل ثيابه عند إحداهما ما لم يُرد ضرراً أو ميلا.

فرع

قال ابن يونس: قال ابن حبيب: اذا قدم من سفره نهاراً أقامه عند أيهما شاء، ولا يحسُبه ويأتنف القَسم، لأن المقصود الليلُ فقد ذهب، قال: وأُحبّ أن ينزل عند التي خرَج مِن عندها، وقاله مالك وأصحابُه، واذا كانت ذات قدر جازت المفاضلةُ في النفقة والأحسن التسوية، فقد كان لمعاذ بن جبل امرأتان يمتنع من شرب الماء من عندهما، وانهما ماتتا فلم يدفنهما الا بالقرعة.

---

(1) اسم فاعل من آلى يولي ايلاء فهو مُولٍ.

(2) النسخة: فلم يسقط.

(3) في النسخة: يومئذ.

فرع

إذا رضيت بذاك أيامَها وآثرتْ بها غيرَها على أن لا يطلقها، جاز، لما في مسلم[1]: (ان سودة لما كبرت جعلت يومَها منه (ﷺ) لعائشة رضي الله عنها - فكان - (ﷺ) يقسم[2] لها يومين) ولها الرجوعُ متى شاءت فيما ذهبت، وقاله الأئمة.

قاعدة: كل حق تعين سببُه نفذ التصرف فيه، ولو فقد شرطه، كدفع الزكاة قبل الحول لتحقق السبب الذي هو النصاب. وان فقد الشرط الذي هو الحول، والعفو عن القصاص والدية قبل الموت، والتكفير قبل الحنث، وغير ذلك، وهاهنا تحقق سبب استحقاق القَسم وهو العصمة. فينبغي أن ينفذ التصرف، فيشكل ان لها الرجوع، والذي يمكن أن يقال: ان التصرفات تنقسم الى النقل: كالهبة والبيع، والإسقاط: كالعتق والطلاق، فإن العبد اذا لم يملك نفسه بعد العتق[3] لم ينتقل اليه ما كان للسيد، بل سقط، وكذلك الزوج، فقلنا: ان يجعل هذا من باب النقل بالهبة، والهبة اذا لم يتصل بها قبضٌ لاَ تَتِم، وان كان سببُ ملكه متحققاً، أما لو جعلناه من باب الإسقاط: فلا يتأتى الرجوعُ لما تقدم من القاعدة في إسقاط الديْن وغيره، ويرد عليه: أنه بالإسقاط أشبهُ، لأن الزوجَ لا يملك المطالبة بأن يوطىء كما كان ذلك للمرأة. وأما ان دفعتْه لضرتها فليس اسقاطاً[4] لأنه لم يترتب على الضرة حتى يسقط بالهبة، لكن الهبة اذا كانت

(1) في الرضاع، باب جواز هبتها نوبتها لضرتها، والبخاري في النكاح، باب المرأة تهب يومها من زوجها لضرتها وكيف يقسم ذلك، عن عائشة رضي الله عنها.

(2) في النسخة: يقيم.

(3) في النسخة: فلم.

(4) في النسخة: اسقاط.

بشرط تجري مجرى المعاوضة تتم بمجرد العقد، ولو سلم ان الشرط لا أنزله[1] لكن الواهب لا يتمكن من الرجوع في الهبة، بل للموهوب له المطالبة والالزام بالتسليم[2] إذا أعرض الموهوب مع القدرة سقط حقه، وهاهنا لم تتمكن الضرة من استيفاء الموهوب، لكونه في المستقبل فلا تستوفي الا منه.

فرع

قال في الجواهر : لا يلزمه قَبولُ الهبة، لأن له حقاً في الإستمتاع بالواهبة، فإن قيل: ليس للموهوبة الامتناع وان وهبت من الزوج نفسه فله تخصيص بعضهن بالموهوب، قياساً على مالَه بالأصالة.

الفصل الثاني، في زمان القسم: وفي الكتاب : يوم بيوم لا أكثر، ويعدل في المبيت، وقاله ابن حنبل، وقال (ش) و(ح): أقله ليلة، ويجوز الى ثلاثة أيام لسرتها[3] في البيت للعَروس، لما في ابي داوود[4] : **(كان (ﷺ) لا يفضل بعضَنا على بعض في القَسم في مكثه عندنا، وكان قَل يوم الا وهو يطوف علينا جيعاً، فيدنو من كل امرأة من غير مسيس، حتى يبلغ التي هو يومها فيبيت عندها)** . وفي الجواهر : له البداية بالليل أو بالنهار، وانما عليه أن يكمل يوماً وليلة. قال ابو الوليد : وأظهر أقوال أصحابنا : البداية بالليل، لأنه السابق على النهار في اللغة المشهورة، ولا يزيد على الليلة الا برضاهن ورضاه، أو يكن في بلاد

(1) كذا.

(2) بياض بالنسخة بقدر كلمة.

(3) كذا ولعلها : لمسرتها.

(4) في النكاح، باب في القسمة بين النساء ، عن عائشة، وهو صحيح، وله تتمة وشاهد.

متباعدة فيقسم الجمعةَ والشهرَ على حسب الإمكان، ولا ينصص الليلة، قال اللخمي: وأجاز ابن القصار أن يسبّع بغير رضاهُن اعتباراً بالبكر العَروس.

فرع

قال اللخمي: اختلف في بيعها اليومَ وشبهه، فجوّزه مالك في الليلة، وكره غيرها، وحرمه (ح) وابن حنبل، لأنه عَقد على جور، ولأن الاستمتاع لا يقابَل بالعوض، وفي نظر الشرع، إلا في عَقد النكاح، أما اياما معلومة فلا. قال صاحب البيان: شراء المرأة ليلةً واحدة لصاحبتها أشد كراهة من شراء الرجل ذلك منها، لأن المرأة قد يحصل مقصودها من الوطء تلك الليلة وقد يتعذر، والرجل متمكن من الإستمتاع، والمرأة[1] الطويلة، فيكره منها لكثرة الغرر، قال اللخمي: وان أذنت له أن يطأ الأخرى في نوبتها. جاز، وليس للأمة اسقاط يومها إلا بإذن سيدها لحقه في الولَد، الا أن يكون غير بالغ، أو هي حامل فيسقط حقها زمن الحمل.

الفصل الثالث، في مقام القَسم: قال ابن يونس: قال مالك: ليس له جمعهن في بيت واحد إلا برِضاهُن، ولا في فراش وان رضين، لما فيه من قلة المرؤة، وكرهه في الإماء، أو أن يتعريْن بغير ثياب، وأن يطأ وفي البيت معه مَن يسمعُ حسه ولَوْ كان الصبي نائماً، وكان ابن عمر ـ رضي الله عنهما يُخرج الصبي[2] من المهد والبهيمة. قال عبد الملك: وله في أمتيه أن ينام معها دون وطء، قال مالك: ولْيأتهن ولا يأتينه، لفعله[3]

(1) كذا. ولعلها: والمدة.

(2) في النسخة: صبي.

(3) هو في حديث عائشة عند ابي داود الذي تقدم تخريجه آنفاً.

(ﷺ) ذلك الا ان يرضين، وقال (ش) وابن حنبل: عليهن أن يأتينه لتوفيته حقه، قال ابن عبد الحكَم: يقضى عليه بالذهاب وبالتفريق في المساكن، قال اللخمي: منع مالك جمع الحرتين من غير وطء وكرهه عبد الملك، وفي الإماء ثلاثة أقوال: المنع لمالك، والكراهة لغيره، والإباحة لابن حبيب، ولا فرق بين الحرائر والإماء فيما يتعلق بحق الله تعالى بل بحقهما، فإن رضيا جاز، والمنعُ أصوب، لأنه يؤدي الى وطء احداهما بحضرة الأخرى.

الفصل الرابع في التفاضل، وله أسباب :

السبب الأول: تجدد النكاح، وفي الكتاب : اذا نكح بكراً أقام عندها سبعاً، أو ثَيباً فثلاثاً، لما في أبي داوود[1] (أنه (ﷺ) لما تزوج أم مسلمة أقام عندها ثلاثاً، وقال: ليس بكِ على اهلكِ هَوَان، إن شئتِ سبعت لكِ، وان سبعتُ لكِ سبعتُ لنسائي، وان شئتِ ثلاثة ثم درت) وقال انس في (الصحيح)[2] : من السنة إذا تزوج البكرَ على الثيب أقام عندها سبعاً وقَسَم، واذا تزوج الثيب أقام عندها ثلاثاً ثم قَسَم.

فائدة: قال صاحب المفهم والإكمال : قوله (ﷺ): ليس بكِ على اهلِك هوانٌ. المراد بالأهل: هو (ﷺ) لأن كل واحد من الزوجين اهل لصاحبه، ومعناه: لا أفعل بكِ فِعلا يدل على هوانِك عندي، قال ابن

---

(1) في النكاح، باب في المقام عند البكر، وهو في صحيح مسلم في الرضاع، باب قدر ما تستحقه البكر والثيب من اقامة الزوج عندها عقب الزفاف، وفي (الموطأ) في النكاح، باب المقام عند البكر والأيم، عن ام سلمة.

(2) البخاري في النكاح، باب اذا تزوج البكر على الثيب، وباب اذا تزوج الثيب على البكر، ومسلم في الرضاع، باب قدر ما تستحقه البكر والثيب من اقامة الزوج عندها عقب الزفاف، وهو في (الموطأ) أيضاً في الرضاع، باب المقام عند البكر والأيم.

القاسم في الكتاب : وهو حق لها وليس للزوج، وقاله (ش) وابن حنبل، لأنه (ﷺ) اضافه لها[1] المقتضية للملك، ويأتنف القسم، وروى أشهب: حق المزوج ليتمتع. قال أشهب: لا يقضى به عليه كالمتعة، وقال ابن عبد الحكَم: يقضى به كسائر الحقوق، ووافقنا الشافعي وابن حنبل، وقال (ح): لا يفضل الجديدة بشيء، لأن القديمة أولى بالتأنيس، لأنه اضرها بالجديدة، ولأنها أتم حرمة لسابق محبتها، ويقال لذلك: لكل جديد لذة، ولكل قديم حُرمة، والمراد بالجديد: التفضيل بالبداية دون الزيادة، ولما كانت الثيب مباشرة للرجال مستوحشة منه خاصة، اكتفي بالثلاث، والبكر مستوحشة مطلقاً استحب سبعاً، قال محمد: ويبتدىء القَسم بالتي كان عندها أو بغيرها، وقاله ما لك في القادم من السفَر بإحداهن، فإن لم يكن له غيرها لم تلزمه الإقامة بكراً كانت أو ثيبا، وفي الجواهر : فيه خلاف، ونقل[2] قولان بأن الإقامة حق لها، وفي وجوب الإقامة والاستحباب قولان.

فرع

قال ابن يونس: قال مالك: ولا يتخلف العَروس عن الجمعة والجماعات، وقيل: يتخلف عن الجماعات دون الجمعة، لأنها فرض. قال اللخمي: والعادة اليومَ: عدمُ الخروج للصلاة والحاجات، وأرى التزام العادة، لأن على المرأة معرةً في ذلك عند النساء.

---

(1) بياض بقدر كلمة.

(2) كذا.

فرع

قال اللخمي: اذا زُفت اليه امرأتان في ليلة أقرع بينهما، وعلى احد قولي مالك: ان ذلك حق له يتخير، واذا انقضت ايام البناء، او صح المريض، او قدم المسافر: هل يبتدىء بغير من كان عندها، أو يتخير، أو يقرع بين من عزلها؟ ثلاثة اقوال، أو يُقرع بين من عزلها ثلاثة اقوال، قال: وأرى أن يبتدىء بغيرها ثم بالتي كان لها الحق قبل البناء، أو المرض أو السفر، ثم يكون عند مَن كان عندها.

وفي الجواهر: تستوي في الإقامة الحرة والأمة، قال ابو الوليد: والصحيح: القضاء بالإقامة.

فرع

في الجواهر: لو التمست الثيب الزيادة مُنعت لحق غيرها، وقال القاضي ابو الحسن: يكمل لها سبعاً ان اختارت، ويقضي للنساء سبعاً للحديث المتقدم، لأن اختيارها للسبع يبطل حقها من الثلاث.

السبب الثاني: الحرية، وفي الكتاب: المسلمات، والكتابات، والحرائر والإماء سواء في القَسم لاستوائهن في الطباع، وفي (الجواهر): روي[1]: للأمَة: ليلة، وللحرة: ليلتان، وقاله الأئمة، لقوله[2] (ﷺ): (للحرة

---

(1) رواه ابن منده وابو نعيم في المعرفة عن الأسود بن عويم بلفظ: للحر يومان وللأمة يوم، وفي سنده كذاب كما قال الحافظ ابن حجر في التلخيص (3/202).

(2) عند ابن ابي شيبة وعبد الرزاق في مصنفيهما، والدراقطني والبيهقي في سُنَنِهما في النكاح والقسم، عن علي موقوفا: اذا نكحت الحرة على الأمة فلهذه الثلثان ولهذه الثلث، ان الامة لا ينبغي ان تزوج على الحرة. وسنده ضعيف، ولم اجده بلفظ المؤلف.

ثلاثاً القسم)[1] قال: ورجع اليه مالك. لأنها حقيرة عند نفسها. فلا تجد من الألم ما تجده، فالأمة تجد من الألم ما لا تجده الحرة، ويؤيدهُ خيار الحرة اذا تزوج عليها أمة، واذا فرعنا عليه فبدأ بالحرة فعتقت الأمة قبل انقضاء ليلتها اكمل ليلتين، او بعد انقضائها لم يزد ها وسوّى بعد ذلك، وان بدأ بها فعتقت قبل تمام نوبتها صارت كالحرة الأصلية، أو بعدها وفيت الحرة ليلتين، لأنه تمام حكم وقع في الرق، ثم سوى بعد ذلك، قال ابو الطاهر: اذا كان الزوج عبداً فالمذهب كله على التسوية الا عبد الملك لرِضا الحرة بمساواة الرقيق زوجاً.

الفصل الخامس في السفر بهن، في الكتاب : اذا سافر لحج أو غزو أو حاجة سافر بأيتهن شاء بغير قُرعة إن كان غير ضرر ولا ميل، فإن كانت القرعة ففي الغزو لما في مسلم[2] كان (ﷺ) اذا اراد يخرج في سفر اقرع بين نسائه فأيتهن خرج سهمها خرج بها معه) وكان (ﷺ) انما يسافر للحج، ولأن حقهن يسقط بالسفر فله أن يسافر ويتركهن. وقاله (ح)، وقال (ش) وابن حنبل: لا بد من القرعة في كل سفَر للحديث المتقدم. قال: واذا قدم ابتدأ ولا يقاص التي معه، قال ابن يونس: وروي القرعة في السفر كله، والفرق للمشهور: ان المشاحة تعظم في سفر القربات، وقال عبد الوهاب: اذا كان فيهن من لا تصلح للسفر وفيهن من تصلح سافر بها من غير قرعة، وانما القرعة في الحج والغزو حيث التساوي. وفي الجواهر : تركُ القرعة مطلقاً اختيارُ ابن القاسم.

---

(١) كذا ولعله: في القسم.

(2) رواه البخاري في النكاح، باب القرعة بين النساء، ومسلم في فضائل الصحابة، باب فضل عائشة، وفي التوبة، باب في حديث الإفك، عن عائشة.

فرع

في الكتاب : له المسافرة بها وان كرهت. وان قالت: حتى آخذ صداقي وقد بنى بها فله الخروج، وتتبعه به، قال ابن يونس: قال مالك: وينظر الى صلاحه واحسانه اليها ولا يمكن من ضررها.

التابع الخامس: النفقة

وأسبابها: النكاح، والقرابة، والملك.

السبب الأول: النكاح، وفي الجواهر: هو موجب بشرط التمكن وبلوغ الزوج واطاقة المرأة الوطء، لأن الذي عقد له الزوج لا يحصل منها البلوغ، والمقصود منها التمكين وهو حاصل دون البلوغ، وقيل: تلزمه النفقة والدخول اذا بلغ الوطء قياساً عليها. قال الأبهري: اذا دعوه للدخول فعليه النفقة، أو النفقة دون الدخول فلا، وكذلك ان مرضت فعرضوها لأن الامتناع من جهته، ووافقنا (ح) في الصغيرة التي لا توطأ، وخالفنا (ش).

وأصلُ وجوبها: ما في البخاري[1] قالت له (ﷺ) هند بنت عتبة: يا رسول الله، إن أبا سفيان رجل ممسك وليس يعطيني ما يكفيني وولدَي الا ما أخذت منه وهو لا يعلَم؟ فقال (ﷺ): (خذي مَا يَكفيكِ وَوَلَدَكِ بالمعْروف) وفيه فصول.

الفصل الأول، في أنواع الواجب وهي ستة.

النوع الأول: الطعام، وفي الجواهر: يختلف باختلاف أحوال

(١) في البيوع، باب من اجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم، ومسلم في الأقضية، باب قضية هند، عن عائشة.

الزوجات والإنكاح والبلاد وعسر الزوج ويُسْره، لقوله[1] تعالى: ﴿لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ، وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ﴾ قال ابن القاسم: رب رجل ضعيف وسعر غال، فالوسط من الشبع، وقال مالك: المد، وقدره غيره مدا وثلثا، وقال ابن القاسم: في الشهر[2] ونصف الى ثلاث، قال ابن حبيب: والوتيد اثنان وعشرون مداً بمده (ﷺ)، قال: وأرى[3] بالقرطبي في الشهر وسطا، وهو أربعة وأربعون مدا. قال محمد: قول ابن القاسم ليس عاماً، وقد تكفي الويبتان في بعض الناس. قال: ومد مروان وسط الشبع في الأمصار، وهو مد وثلث. ومده (ﷺ) وسط بالمدينة، ويفرض البُر والشعير والذرة والتَّمر ونحوه، على عادة قوة الزوجين، وتقدم[3] الطعام بالكيل، قاله (ش) وقدر مداً للمعسر ومدين للمُوسر[4] ومداً ونصفاً للمتوسط، وقال: لا يلزمها الأكل معه كقولنا، وقال (ح): اذا تمكنت من الأكل من مائدته ليس لها مطالبته، ولا يفرض لها شيء، والا فرض لها كفايتها فوق التقتير ودون السَّرَف.

سؤال: تقدير الحب بالكيل مشكل لأمور: أحدها: أنه لم يعهد في السلف انهم كانوا يصرفون لنسائهم الحب، بل ما جرت العادة به من خبز وغيره، وثانيها: أنه يلزم ان يموت الانسان ونفقة امرأته في ذمته، لأن المعاوضة عليه السلام[5] بماله. وثالثها: لم يسمع عن أحد من السلف انه عاوض امرأته، ولا أوصى عند موته بالنفقة، ولا حكم بها حاكم.

النوع الثاني: الإدام. وفي الجواهر: وهو ما يناسبها، ويفرض الخل

---

(1) (الطلاق: 7).

(2) بياض بـ ي.

(3) كذا ولعله: ويقدر.

(4) ي: الميسر.

(5) كذا.

والزيت للأكل، والوقيد والحطب واللحم في بعض الأيام، والماء للشرب والغسل. قال محمد: ويجمع ثمن ذلك كله مع القمح، وقاله (ش) و(ح) ولكن المعتبر عند (ح) في جميع النفقة حال الزوج دُونها، قال محمد، ولا يفرض العسل ولا التّمر ولا الحالوم[1] ، قال عبد الملك: ولا القطنية، ولا فاكهة خضراء ولا يابسة، بل ما لا غنى عنه بقدر الرجل والمرأة. ويفرض مشط رأسها ودهنه، وقاله الأئمة، واذا كان الإعسار بينا فلّا أقل مما يعيش به كويتين[2] بمصر وطبخها وخبزها ودريهات لزيت وماء وحطب، والطبخة بعد الطبخة، وما لا بد منه، قال مالك: ويزاد للمرضع ما يقوّيها على الرضاع.

النوع الثالث: نفقة الخادم. وقاله الأئمة لذات القدر عنه[3] وفي الجواهر: ليس عليها خدمة بيتها ولا غزل ولا غيره، وغير ذات القدر ليس عليه إخدامها، أو عليها خدمة مثلها، فالشريفة[4] بالأمر والنهي، والدنية مباشرة لفعل، فإن كانت العادة استقاء الماء فعليها، لأن العوائد كالشروط، وحيث أوجبْنا عليه الخادم فليس عليه شراؤها، بل يكفيه استئجارُها.

فرع

قال: لو أراد ابدال خادمها المألوفة مُنع نفياً للضرر، ولزمه الانفاق عليها.

---

(1) كذا.

(2) كذا.

(3) بياض بـ ي.

(4) ي: فالشريعة.

فرع

قال: لو كانت هي وهو بحيث يَخدمها خادمان فأكثر. قال ابن القاسم: يفرض نفقة خادم واحدة، وقال أيضاً يعطي زكاة الفطر عن خادمين من خدم امرأته، ان كانت ذات قدر لا تكفيها واحدة، قال اصبغ: لو كانت بنت مِلِكٍ لزيدت الى الخمسين، قال إسحاق بن إبراهيم: انما يكون ما قال اصبغ اذا طالبها بما تكثر الخدمة فيه من احوال الملوك. واما المقصد فخادم واحدة، لأنها كفاية حاله.

فرع

قال: لو كان لها خادم خُيرت بين استخدامها ومطالبته بنفقتها، وبين مطالبته بخادم.

فرع

قال: قال عبد الملك، للسلطان ضم نفقة الولد مع نفقة الأم إلا ان تضُربه لفقرة، فينفق على ولَده لحدثه، فإن عَجَز سَقَط حق الولد بالعجز.

النوع الرابع: الكسوة، وفي الجواهر: ما يناسب حالَه وحالَها، وقال بعضهم: قميص ووقاية على قدرها في الجودة والدناءة، وتزاد في الشتاء ما يدفع البرد، وقال ابن القاسم: عليه ما يصلح في الشتاء والصيف من قميص، وجبة، وخمار، ومقنعة، ووسادة، وإزار وشبهه مما لا غنى عنه، والسرير عند الحاجة من العقارب والبراغيث، وان كان مثلها يُكسَى القطن، ومثلُه قادر عليه فُرض، قال أشهب: ومنهم من لو كساها الصوف

أنصف، وأخرى لو كساها الصوف أدّب[1] ، قال مالك: ولا يلزمه الحرير ولو كان يسعه الحال، وأجراه ابن القاسم على ظاهره لعدم الضرورة اليه، والواجب إنما يتعلق بما لا بد منه، وتأوله القاضي ابو الحسن فحمله على المدَنِيّة، وألزمه في غيرها، لأن كل ما هو محتاج اليه أو ضروري فُرض، وما لا فلا، وكل ما يختص بالأغنياء وضرره خاص بهم فيه، فقولان مبنيان على أنه ضرر أم لا، وقال (ش) : خمار وقميص، وسروال ومكعب[2] فيه ، ولا يجب الخُف في الصيف، ومثله في الشتاء مع جُبّة ومِلْحَفَة وشِعارٍ ومضربة، ومِخَدة، ولبد، وحصير، والماعون. وقال (ح) : الكسوة على العادة الوسط، والمعتبرُ حَالهُ دون حَالِها، ويُفرَضُ مرتيْن في السنة، ولا تستحق الخُف، لأنها مأمورة بالقرار في بيتها، وتستحق المكعب للتصرف في المنزل

فرع

في الجواهر : قال عبد الملك: إذا كانت كسوتها من صداقها باقية لقرب عهد البِنَاء فليس عليه كسوة، وله الاستمتاع به، لأنه العادة في بذل الصداق، وإن طال الأمد واختلفت الكسوة، أو كانت غير الصداق لقلته فعليه الكسوة، قال صاحب التلخيص : إذا كان عِندها شوار أو شيء منه لا تجب الكسوة، ولم يفصل، ولم يحك خلافاً.

فرع

في الجواهر : يُجدد ما أخلق من الكسوة.

(1) في النسخة: أدب، ولعلها: آذى.

(2) بياض بالنسخة بقدر كلمة.

فرع

ولا يلزمه الكُحل، والحناء، والصباغ، وقال محمد: عليه حِنّاء رأسها. قال أبو الوليد: ليس عليه من زينتها إلا ما يُتضرر بتركه، كالكُحل والمُشط والدّهن لمن اعتاد ذلك، لأن تركه مع العادة يفسد الشعر بخلاف الخضاب وغيره.

النوع الخامس: آلة التنظيف، في الجواهر: قال ابن القاسم: ليس عليه مشط ولا مكحلة. قال ابو الوليد: إنما أسقط المُكحُلة دون الكُحل، وعلى هذا يلزمه ما تمشط دون الآلة، وأوجبها (ش).

فرع

قال مالك: ولا تستحق الدواء للمَرض، وقاله (ش) لأنه ليس من مصالحه، ولا أجرة الحجامة، وعليه أجرة القابلة، لأنه سبب الحمل عند أصبغ مطلقاً، ووافقه محمد ان كانت المنفعة للولد، أو لها فعليها، او لها فعليها. قال أبو الوليد، والأظهر قولُ أصبغ.

النوع السادس: في الجوا هر: عليه إسكانها ما يليق بها، إما بعارية أو إجارة أو مِلك، وقاله الأئمة، واعتبر حالُه دون حالها.

الفصل الثاني: في كيفية الإنفاق: وفي الجواهر: أما الطعام فيجب دفعُه، وفي دفع ثمنه خلاف معلل بامتناع بيع الطعام قبل قبضه، أو غير معلل فيمتنع، أو معلل بالعِينَة فيجوز لعدمها بين الزوجيْن، ويدفع ثمن ما[1] يطحنه ويصلحه. قال صاحب التنبيهات تردد بعضُ الشيوخ في

---

(١) كذا ولعلها: من.

دفع الثمن عن الجميع ومنعه، وقال: هما سواء، ولا يُجبر على دفع ثمن.
وله دفعه إلا إن يمتنع من أخذ غير ما فرض لمشقة الشراء.

فرع

في الجواهر: لا يكلفها الأكل معه، وقاله (ش) قياساً على الصداق، وان نَكَلَت سَقَطَت نفقتُها.

فرع

قال: بلغت[1] وفرض النفقة بالزمان على قدر ملاء الزوج، قال في الكتاب: يفرض باليوم ويزاد بقدر الإشباع، قال اللخمي: قال ابن القاسم: يجوز الفرض سنة، ومنعه سحنون لاحتمال حوالة الأسواق، قال: وأرى توسعة المدة مع اليسار، لأن الفرض لا يكون الا مع المقابحة، ففي تقليله ضرر عليها، وتُفرض الكسوةُ والطعامُ والوِطاء مرتين في الشتاء والصيف.

فرع

قال اللخمي: لا يقبل قولها في عدم النفقة والكسوة إلا ببينة لأن الأصل بقاؤها، وهي ضامنة عند محمد وابن القاسم، وقيل المُصيبةُ من الزوج قياساً على الصداق الغائب إذا كان عيناً، ولأنه لولا كساها[1] بغير حاكم لم يضمن، والقضاء لا يغير الأحكام، قال صاحب التنبيهات: وظاهر قوله في نفقة ولدها مثله، فإن قامت ببينة بالهَلاك فظاهرُ

---

(١) كذا.

الكتاب : التضمين في نفقتها دون نفقة الولد، لأنها لم تنبضها لنفسها، بل مأخوذة بحق كالرهان، وخرَّج اللخمي سقوط الضمان عنها في نفسها عند البينة.

فرع

قال اللخمي : إن كساها قبل وقت الفرض قيل: حكم مضى[1] كخطأ الخارِص، وقال[2] : لا ، قال: وأرى أن ترجع إلى ما تبين، لأن هذا حقيقة، والأول ظن، ولأن الأمد لو انقضى وهي قائمة لا شيء عليه حتى تُبلي.

فرع

قال: إذا طلبت النفقة عند سَفَره: فلها خمس حالات: إن كانت في العصمة أعطاها نفقة السفر، أو حملاً بها، أو مطلقة طلاقاً بائناً أو رجعياً - وهي حامل - فعليه الأقل من بقية الحمل، أو مدة سفره، أو غير حامل بائن، فلا نفقة لها، فإن طلبت حميلا خوفَ الحمل: قال مالك: ليس لها ذلك، لأن الأصل عدمُه، وقال أصبغ: لها ذلك لوجود مظنته بالوطيء، قال، والأول أحسن ان كان قيامُها بعد حيضة، وإلا أقام حَميلاً بأقل مدة الحمل أو السفر، وإن كانت رجعية فعلى قول مالك: الأقل من عدة سفره أو انقضاء العدة، وعلى قول أصبغ: تراعى على مدة الحمل، وإن اتُّهم في طُول السفر حُلف أن لا يقيم اكثر من ذلك، أو يقيم حميلاً قال

---

(1) في النسخة: مغيء.

(2) كذا.

ابن يونس: قال أصبغ: إن خُشي طول سفره وخيض الحمل أقام حميلا أو يوقف، وفي الكتاب : واما الحاضر فلا يطالب بكفيل على النفقة، وقاله (ح) وخالفنا فقال: لو استدانت ليس لها مطالبتها[1] ، لأنها ليس لها عليه ولاية الاستدانة إلا أن يفرضها القاضي بولاية القاضي عليه في ذلك وغيره، قال: ولا يفرض على الغائب لعدم ولايته على الغائب خلافاً لنا في ذلك كله.

فرع

في الكتاب : يباع على الغائب عَرْضه في النفقة ورَبعُه إن لم يكن له عين، ومنع (ح) بيع العرض، قال اللخمي: إنمـــا

هكذا ينتهي مخطوط خزانة ابن يوسف بمراكش مبتوراً

يليه الجزء الخامس وأوله كتاب البيوع :
القسم الأول : اتحاد العين والصفة

---

(1) كذا، والصواب: مطالبته.



فهرس الموضوعات

الجزء الرابع

كتاب الإيمان

الموضوع — الصفحة

كتاب النذر

كتاب الأطعمة

وفيه بابان :

كتاب الأشربة

كتاب الذبائح

كتاب الأضحية

كتاب الحقيقة

كتاب الصيد

كتاب النكاح



دار الغرب الإسلامي
بيروت ـ لبنان
لصاحبها: الحبيب اللمسي

شارع الصوراتي (المعماري) - الحمراء ، بناية الأسود
تلفون البناية: 340131/ تلفون مباشر : 350331 ص . ب . 5787-113 بيروت ، لبنان
DAR AL-GHARB AL-ISLAMI B.P.:113-5787 Beyrouth, LIBAN

رقم 201 / 6000 / 10 / 1994

التنضيد والطباعة : دار صادر ، ص . ب . 10 ـ بيروت

DAR AL-GHARB AL-ISLAMI
P. B.: 113-5787- BEIRUT

AḎ - ḎAḪĪRA

Šihābaddīn Aḥmad b. Idrīs al - Qarāfī
684 / 1285

Tome 4

Mis au point et annoté
par
MOHAMED BOUḪUBZA

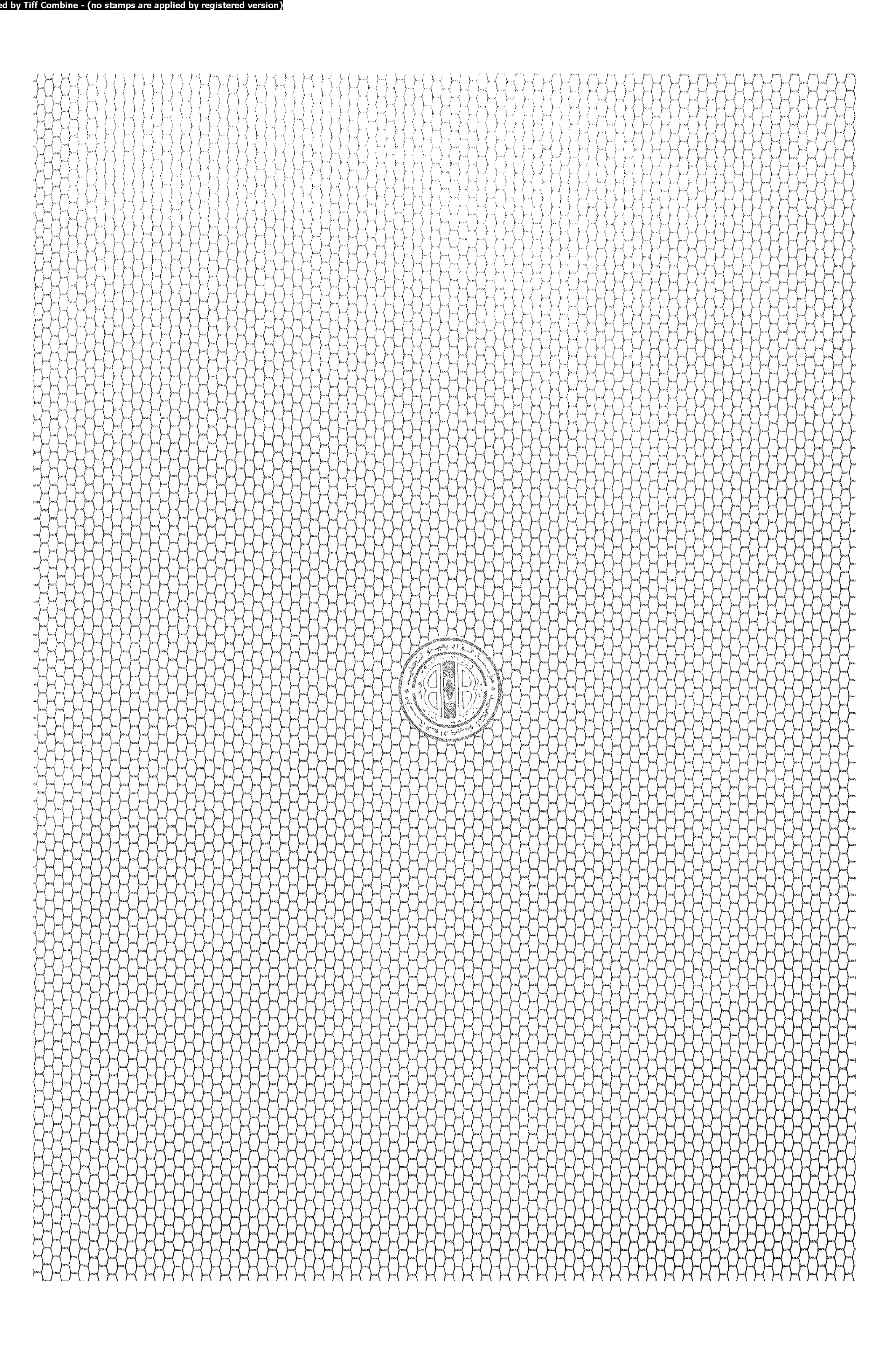


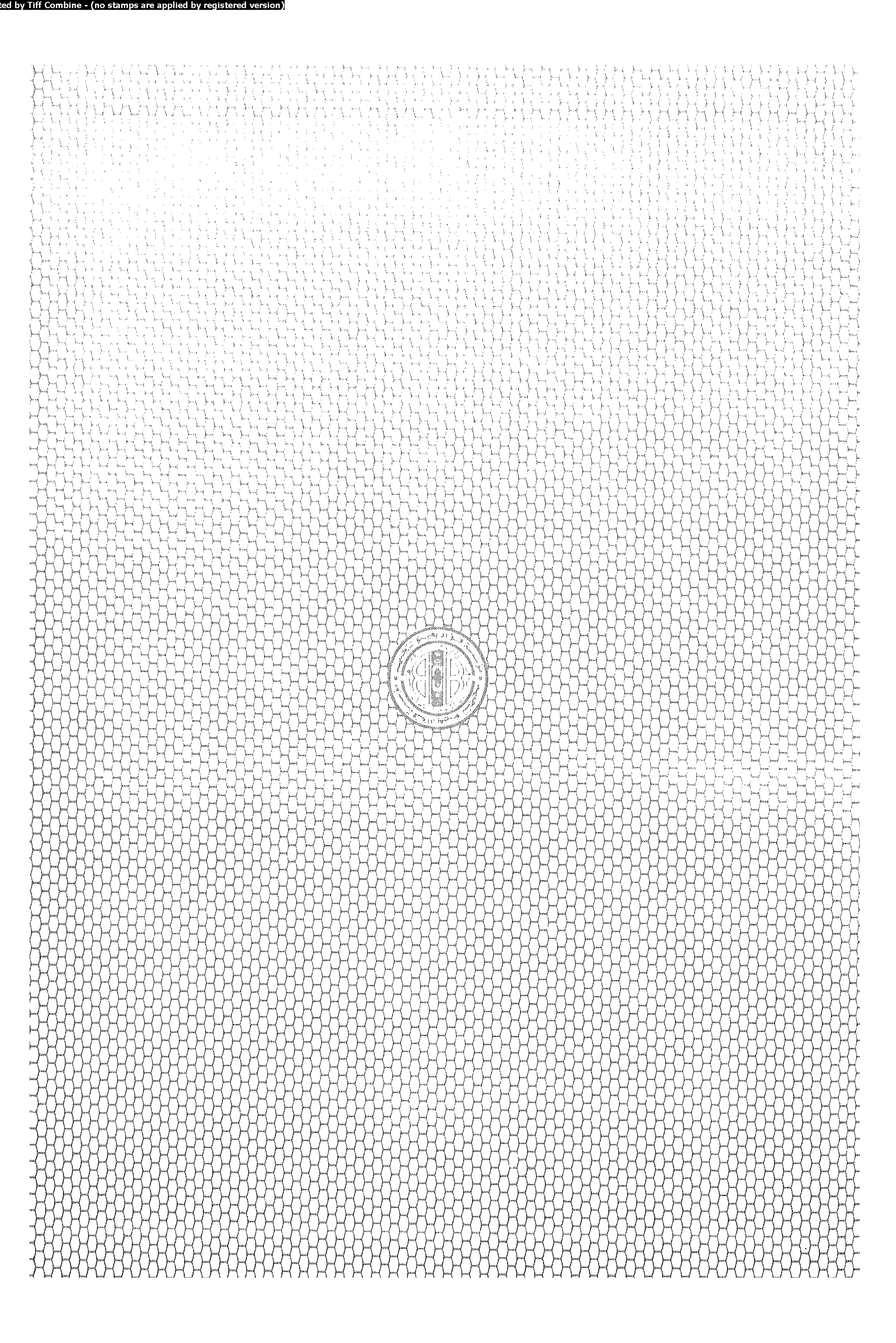
DAR AL-GHARB AL-ISLAMI
1994



AḎ - ḎAḪĪRA





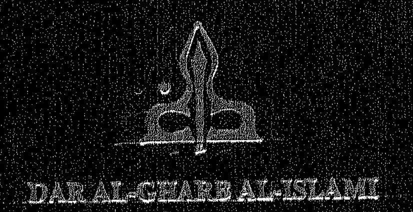


AḎ - ḎAḪĪRA

Šihābaddīn Aḥmad b. Idrīs al - Qarāfī
684 / 1285

Tome 4

Mis au point et annoté
par
MOHAMED BOUḪUBZA



DAR AL-GHARB AL-ISLAMI